

UNIVERSITÉ DE NANCY
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

LE STATUT JURIDIQUE DES ENTENTES ÉCONOMIQUES

dans le droit français
et le droit des Communautés européennes

THÈSE
POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le 27 Avril 1963

PAR

Jean-Bernard BLAISE

MEMBRES DU JURY :

Président : M. D. TALLON, *Doyen de la Faculté*

Assesseurs : MM. A. VITU, *Professeur*

J. HOUSSIAUX, *Maître de Conférences Agrégé*

LIBRAIRIES TECHNIQUES

Libraire de la Cour de Cassation
27, place Dauphine, PARIS 1^{re}

1964

**LE
STATUT JURIDIQUE
DES
ENTENTES ECONOMIQUES**

**en France et dans les Etats
de la Communauté économique européenne**



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Jean-Bernard BLAISE

*Chargé de cours à la Faculté de Droit
et des Sciences économiques de Nancy
Lauréat de la Faculté*

LE STATUT JURIDIQUE DES ENTENTES ECONOMIQUES

**dans le droit français
et le droit des Communautés européennes**

PRÉFACE de

René ROBLLOT

*Professeur à la Faculté de Droit
et des Sciences économiques de Nancy
Doyen honoraire*

**Ouvrage honoré d'une subvention du Ministère
de l'Éducation Nationale**

LIBRAIRIES TECHNIQUES

**Libraire de la Cour de Cassation
27, place Dauphine, PARIS 1^{er}**

1964

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

<i>Act. jur.</i>	L'Actualité juridique.
<i>Ann. dr. com.</i>	Annales de droit commercial.
<i>BB</i>	Der Betriebsberater.
<i>BGB</i>	Bürgerliches Gesetzbuch.
<i>BkartA</i>	Bundeskartellamt.
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Chambre civile.
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle.
<i>CECA</i>	Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier.
<i>CEE</i>	Communauté Economique Européenne.
<i>C. civ.</i>	Code civil.
<i>C. com.</i>	Code de commerce.
<i>C. pén.</i>	Code pénal.
<i>C. proc. pén.</i>	Code de procédure pénale.
<i>D (DP, DH, DA, DC)</i> ..	Recueil Dalloz (Périodique, Hebdomadaire, Analytique, Critique).
<i>DB</i>	Der Betrieb.
<i>Dr. soc.</i>	Droit social.
<i>EGKS</i>	Europäische Gemeinschaft für Kohl und Stahl.
<i>EWG</i>	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft.
<i>FAZ</i>	Frankfurter Allgemeine Zeitung.
<i>Gaz. trib.</i>	Gazette des tribunaux.
<i>GP.</i>	Gazette du Palais.
<i>GWb</i>	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.
<i>J.-Cl.</i>	Juris-Classeur.
<i>JCP</i>	La Semaine Juridique (Juris-Classeur Périodique).
<i>J. dr. int.</i>	Journal du droit international.
<i>MV</i>	Montanvertrag.
<i>MU</i>	Montanunion.
<i>NJW</i>	Neue Juristische Wochenschrift.
<i>OLG</i>	Oberlandesgericht.
<i>Parag.</i>	Paragraphe.
<i>R.D.P.</i>	Revue du droit public.
<i>Rec.</i>	Recueil.
<i>Rev. du M.C.</i>	Revue du marché commun.
<i>Rev. crit. dr. int. priv.</i>	Revue critique de droit international privé.
<i>Rev. écon.</i>	Revue économique.
<i>Rev. int. dr. comp.</i> ...	Revue internationale de droit comparé.
<i>Rev. trim. dr. com.</i> ..	Revue trimestrielle de droit commercial.
<i>R.P.D.A.</i>	Revue pratique de droit administratif.
<i>S.</i>	Recueil Sirey.
<i>SEW</i>	Sociaal Economische Wetgeving.
<i>US.</i>	United States Reports (Recueil des arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis, abréviation précédée du numéro du volume et suivie du numéro de la page).
<i>WuW</i>	Wirtschaft und Wettbewerb (Abréviation suivie de l'indication de l'année et du numéro de la page; le chiffre entre parenthèses renvoie à la partie consacrée aux décisions).



PRÉFACE

Le souci d'améliorer les techniques de la production et de la distribution place l'économie contemporaine sous le signe des accords d'entreprises. Certaines combinaisons vont jusqu'à supprimer la personnalité des sujets intéressés, qui disparaissent dans des opérations d'absorption, fusion ou scission; ou bien les entrepreneurs conservent leur autonomie et leur pouvoir de décision, mais acceptent des restrictions à leur liberté dans l'établissement des prix, le volume des productions, les modalités de la répartition. L'accord peut établir des liaisons horizontales entre producteurs, ou des liaisons verticales unissant au producteur les grossistes ou détaillants qui assurent la distribution de ses produits. Le groupement ne concerne pas seulement les grandes entreprises; les auteurs du 4^e plan français incitent les moyennes et petites entreprises à augmenter l'efficacité de leurs efforts par différentes formes de coopération : approvisionnement, commercialisation et publicité en commun, recherche groupée, bourses de sous-traitance, exportation concertée. Les traités instituant les Communautés européennes ont encore accéléré le mouvement : aux accords conclus entre les entreprises nationales en vue de l'apparition d'un marché commun, la liberté d'établissement et l'abaissement des barrières douanières ont ajouté des opérations d'intégration et concentration entre firmes des pays de la Communauté, voire l'apparition de filiales de sociétés étrangères au Marché commun.

Le droit n'a pas pu rester indifférent à ce phénomène dont les aspects les plus importants ont été réglementés sur le plan national, dans plusieurs pays, et sur le plan des Communautés européennes. La thèse de M. J.-B. Blaise expose l'une de ces réglementations : le statut juridique des ententes économiques dans le droit français et le droit des Communautés européennes.

*
**

L'histoire du régime des ententes s'inscrit dans l'évolution générale du droit de la concurrence.

Dans le schéma idéal du capitalisme libéral, la concurrence est conçue comme une lutte égoïste entre de multiples et petites unités de production. Les pouvoirs publics ne se reconnaissent d'autre rôle que d'assurer le libre fonctionnement du système en protégeant les intérêts privés contre les écarts les plus caractérisés; le texte vague de l'arti-

cle 419 du Code pénal français, inspiré du souvenir des accaparements de la Révolution, est utilisé pour empêcher que la liberté d'entreprise ne soit sacrifiée par les excès de la liberté contractuelle.

La conception moderne se propose d'organiser la concurrence dans le cadre plus vaste d'un certain ordre économique qui s'inspire, non seulement de l'intérêt privé des entreprises, mais encore de l'intérêt des consommateurs et même de la politique générale des gouvernements. La liberté qui reste la base des relations juridiques est une liberté contrôlée, voire orientée en termes d'objectifs généraux et de plans. Dans cette perspective, la condamnation des pratiques restrictives de la concurrence ne saurait aller sans d'importantes limitations, car les situations concurrentielles ne sont pas forcément les meilleures : une entente sur un marché d'oligopole, en permettant la rationalisation de la production et la recherche technique, peut être plus favorable au progrès qu'une concurrence acharnée entre une multitude de petites unités.

L'élaboration d'une politique des ententes soulève alors d'importantes difficultés. Elle doit être conçue de manière à assurer le maintien d'une concurrence effective, génératrice de croissance économique et non d'anarchie; or les critères proposés à cette fin, en fonction de la structure ou du comportement des entreprises, sont loin de rallier l'unanimité. Il n'y a d'ailleurs pas un marché, mais des marchés, avec des situations de concurrence très différentes; l'analyse a priori doit donc être complétée d'une analyse par secteurs, fréquemment utilisée aux Etats-Unis. Le facteur constitué par le temps introduit une complication supplémentaire en obligeant à distinguer entre longues et courtes périodes : « l'entreprise géante est finalement devenue le moteur le plus puissant du progrès et, en particulier, de l'expansion à long terme de la production totale, ... mais ces résultats ont été acquis dans une mesure considérable... par une stratégie dont l'aspect est malthusien quand on l'observe dans un cas spécifique et à un moment donné... » (Schumpeter). Enfin il est utile et même nécessaire d'interdire certaines pratiques, mais une attitude constructive est préférable à une position systématiquement négative; dans certaines circonstances, une « mauvaise » entente peut devenir « bonne » si son action est redressée et surveillée.

Sur tous les points essentiels, la science économique ne fournit que des enseignements imprécis, et l'on conçoit l'embarras de l'homme de droit qui doit apprécier la valeur juridique des situations soumises à son examen d'après leurs résultats économiques.

*
**

De la situation élaborée en forme de syndicat ou de société au simple « déjeuner d'affaires », l'entente est polymorphe et parfois difficilement repérable. Même en présence d'un état de fait parfaitement connu, les frontières de la réglementation sont difficiles à tracer, et la sagacité de l'interprète est souvent à l'épreuve.

Ainsi on oppose traditionnellement l'entente, dont chaque membre conserve son individualité, à la concentration, qui soumet tous les participants à une autorité unique en leur faisant perdre toute liberté dans leurs décisions économiques. Un état d'esprit répandu est favorable à la concentration, dont les effets seraient bienfaisants pour la productivité, et défavorable à l'entente, qui tendrait à cristalliser les situations acquises. Mais cette distinction trouve de moins en moins confirmation dans l'économie moderne. Certaines ententes se traduisent par un accroissement de l'efficacité économique; inversement les concentrations, sous forme de trusts ou de grandes firmes monopolistiques, peuvent non seulement suivre une politique malthusienne, mais encore, dans la mesure où leur dimension dépasse un certain seuil, conduire à une baisse du rendement. C'est pourquoi la législation anti-trusts américaine interdit « à toute société d'acquérir tout ou partie des actions... ou tout ou partie des avoirs d'une autre société... lorsque l'effet de cette acquisition risque d'affaiblir notablement la concurrence dans une branche quelconque du commerce..., ou de tendre à y créer un monopole » (Clayton Act, art. 7, complété par le Celler-Kefauver Act du 29 décembre 1950). L'étude des cas tranchés en application de ce texte montre que, dans les concentrations comme dans les ententes, les effets favorables et les effets nuisibles sont souvent enchevêtrés, de sorte qu'il est impossible d'établir une distinction rigoureuse entre les deux catégories de groupements d'après leurs résultats.

Une discussion comparable met en cause la valeur des circuits commerciaux fondés sur des clauses de concession exclusive : selon les cas, la restriction de concurrence qui résulte de ces pratiques peut être bonne ou mauvaise pour l'économie générale. Pour résoudre le problème sur le plan national, la Cour de cassation française a évité jusqu'à présent de se référer aux articles 59 bis et 59 ter de l'ordonnance de 1945, relatifs aux ententes. Mais lorsqu'elle cherche à tracer les limites de l'incrimination du refus de vente pour valider les clauses d'exclusivité qui concourent à une organisation saine et stable de la distribution, elle s'inspire de critères familiers en matière d'entente. Sur le plan de la Communauté économique européenne, la Commission a estimé, de façon légitime, que les contrats d'exclusivité tombent sous le coup de l'interdiction de principe formulée par l'article 85, alinéa 1^{er}, du Traité de Rome à l'égard des ententes, parce qu'ils risquent d'entraîner un cloisonnement et une répartition des marchés. Logiquement, les dérogations à ce principe devraient être appréciées par application de la définition des « bonnes » ententes, donnée par l'article 85, alinéa 3.

*
**

La comparaison des dispositions nationales et des dispositions des Traités européens constitue une dernière source de difficultés. En théorie, les deux régimes sont très différents. Le droit français des ententes est rattaché à la législation sur les prix et l'entente n'est

réprimée qu'en tant que pratique de prix illicite; les traités européens interdisent, de façon plus large, les accords et pratiques qui ont pour effet d'empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence. En droit français, le pouvoir répressif appartient aux tribunaux judiciaires. La Commission technique des ententes n'émet que des avis et le ministre chargé des affaires économiques est seulement contraint de solliciter cet avis avant de remettre le dossier au Parquet; à suivre les textes à la lettre, il n'a d'autre choix qu'entre l'absence de poursuite et le déclenchement de la répression pénale. Au contraire le droit des Communautés européennes attribue un rôle essentiel à l'administration (Haute autorité de la C.E.C.A., Commission de la C.E.E.), et le rôle de la Cour de justice se borne à contrôler la régularité des décisions prises.

En fait le fonctionnement des deux systèmes permet de vérifier que, comme il arrive souvent, les divergences de principe disparaissent devant les nécessités pratiques. Mal informés des problèmes économiques, les tribunaux français jouent un rôle très effacé, et la Commission technique des ententes exerce des pouvoirs comparables à ceux des administrations communautaires. Quant au fond, la Commission technique donne de l'incidence sur les prix un acception si large que, pratiquement, toute entente agissant sur la concurrence est considérée comme exerçant une action sur les prix : le domaine des textes français se trouve ainsi étendu aux dimensions tracées par les traités européens, et, dans tous les cas, les organes compétents apprécient les ententes suivant une méthode semblable, en dressant un bilan complet de leurs effets bienfaisants ou nuisibles, soit sur le plan national, soit dans les rapports entre Etats.

Mais ce rapprochement même, d'un certain point de vue, est de nature à multiplier les conflits entre les institutions nationales et les institutions européennes; et il reste à régler ces conflits.

**

On aperçoit par ces quelques exemples l'étendue et la diversité des problèmes, aux frontières du droit et de l'économie, que M. J. B. Blaise a dû aborder et résoudre. Sur l'histoire du droit des ententes en France et sur les précédents importants constitués par la réglementation anti-trust américaine, il a bénéficié de sources nombreuses et facilement accessibles. Mais les travaux sur le droit français contemporain sont sommaires ou fragmentaires; quand aux dispositions des traités européens, si elles ont fait l'objet d'une littérature abondante dans certains pays, notamment en Allemagne, leur étude en France a été plutôt négligée. M. Blaise offre ainsi à ses lecteurs une documentation précieuse et rare.

Son exposé bien charpenté conduit dans un ordre logique de la définition de l'entente à la recherche d'une politique et à la mise en œuvre de cette politique. Il permet à l'auteur de faire apprécier les qualités les plus diverses, de la solidité des discussions techniques à l'ampleur des aperçus sur les grandes forces qui animent l'économie

contemporaine. Praticiens et hommes de science tireront le plus grand profit de ce travail approfondi, qui ne néglige aucun aspect du sujet et qui reste clair dans les développements les plus ardu.

Le premier ouvrage de M. Blaise doit lui valoir une large audience, et annoncer d'autres succès.

René ROBLOT

Professeur à la Faculté de Droit
et des Sciences économiques de Nancy

Doyen Honoraire

INTRODUCTION

1. — La réglementation des ententes économiques constitue l'un des chapitres les plus importants du droit économique. Elle en constitue aussi l'un des plus anciens (1). Les problèmes juridiques qu'elle soulève demeurent cependant parmi les plus malaisés à résoudre. Les ententes semblent en effet appartenir à cette catégorie de phénomènes que le droit ne saisit ni totalement, ni définitivement. Les solutions, même les mieux assurées, semblent vouées à l'imprécision et à la précarité. Une fâcheuse incertitude paraît dominer toute la matière.

Or cette incertitude provient moins de la nature des ententes économiques elles-mêmes que des techniques juridiques qui ont été utilisées à leur égard. Il est clair que, au cours des trente dernières années, un décalage, toujours plus accru, s'est introduit entre la pensée juridique et la pensée économique. Alors que les instruments de l'analyse économique des échanges étaient profondément améliorés, alors que de nouveaux schémas théoriques apparaissaient (2), la théorie et la technique juridique restaient pour une large part attachées à des concepts traditionnels (3). C'est cette difficulté d'adaptation de la pensée juridique aux progrès de la pensée économique qui est à l'origine des équivoques qui marquent aujourd'hui le droit positif.

Parmi ces équivoques il en est une qui revêt une importance fondamentale et qui doit retenir particulièrement l'attention parce qu'elle domine toute la matière. Il s'agit de celle qui marque le concept de *concurrence*.

2. — La législation relative aux ententes s'est enrichie de textes nouveaux. Mais alors que tous se réfèrent à une idée de protection de la concurrence, il n'existe pas de définition légale de la concurrence.

En droit interne, deux textes fondamentaux comportent l'interdiction de certaines ententes. L'article 419 du Code pénal profondément modifié par la loi du 3 décembre 1926, punit de peines d'emprisonnement, d'amende et d'interdiction de séjour tous ceux qui, en exerçant ou tentant d'exercer par coalition une action sur le marché, dans le

(1) Pour l'histoire de la législation, V. L. MAZEAUD, *Le régime juridique des ententes industrielles et commerciales en France*, préface de R. Garraud, Paris, 1928, p. 79 et s.

(2) J. HOUSSIAUX, *Le pouvoir de monopole*, Paris, 1958, p. 1.

(3) V. en particulier, E. S. MASON, *Monopoly in Law and Economics* : *The Yale Law Journal*, vol. 47, p. 34, repris dans *Readings in the social control of industry*, Philadelphia, Toronto, 1949, p. 25.

but de se procurer un gain qui ne serait pas le résultat du jeu naturel de l'offre et de la demande, auront opéré ou tenté d'opérer la hausse ou la baisse du prix des denrées, des marchandises ou des effets publics ou privés. L'article 59 *bis* de l'ordonnance du 30 juin 1945 relative aux prix, introduit dans cette dernière par le décret du 9 août 1953, prohibe toutes les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites, ou coalitions sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit, ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'entraver le plein exercice de la concurrence en faisant obstacle à l'abaissement des prix. La section sous laquelle figure cet article est intitulée « *Maintien de la libre concurrence* ».

En droit communautaire, les deux Traités instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier et la Communauté économique européenne consacrent l'établissement de deux marchés communs et le fonctionnement concurrentiel de ces marchés. Au titre des dispositions économiques et sociales, le Traité CECA comporte un chapitre VI relatif aux ententes et concentrations. L'article 65 interdit tous les accords entre entreprises, décisions d'associations d'entreprises ou pratiques concertées qui tendent, sur le marché commun du charbon et de l'acier, à empêcher, restreindre ou fausser le jeu normal de la concurrence. Quant à l'article 85 CEE, il figure dans la troisième partie du Traité CEE, intitulée « *La politique de la Communauté* », dont le Chapitre I du Titre I concerne les règles de concurrence. En des termes proches de ceux de l'article 65 CECA il interdit tous les accords entre entreprises, décisions d'associations d'entreprises et pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun.

Telles sont les quatre dispositions fondamentales du statut des ententes économiques en droit interne et en droit communautaire. L'article 419 du Code pénal se réfère au jeu naturel de l'offre et de la demande. Les articles 59 *bis* de l'ordonnance relative aux prix, 65 CECA et 85 CEE font appel à la notion de concurrence. C'est alors qu'apparaît l'équivoque des textes, car sous le même terme de concurrence, juristes et économistes utilisent en réalité deux concepts différents.

3. — La conception juridique traditionnelle prend sa source dans une observation d'ordre *logique*. Les auteurs n'ont pas manqué en effet de relever comment la concurrence, garantie par les deux principes de la liberté contractuelle et de la liberté du commerce, suscite tout naturellement la naissance de pratiques, particulièrement de contrats, et la formation de groupements qui ont pour objet de la limiter. Or en régime purement libéral, la liberté d'action des entreprises semble commander la liberté des groupements (4). Toute conception

(4) R. RODIÈRE, *Les interdictions de limitation de concurrence édictées par les alinéas 1 et 2 de l'art. 85 du Traité du marché commun*, dans *Kartelle und Monopole im modernen Recht*, Beiträge zum übernationalen und nationalen euro-

totalement libérale des rapports économiques semble aboutir à sa propre négation. On a pu parler à cet égard du paradoxe juridique du libéralisme (5). Sensible à cette argumentation, le législateur intervient pour limiter la formation des ententes. Et l'on ajoute que cette intervention n'a en réalité rien de paradoxal, car loin de supprimer la liberté et la concurrence, elle n'a pour but que d'en régler les conditions d'exercice. Le droit fixe les règles du jeu.

Dans une telle conception, la concurrence est un régime dans lequel est préservée la liberté de choix et de décision des différents sujets économiques (6). Toute pratique, tout contrat, tout groupement qui a pour objet de limiter cette liberté, apparaît comme une entrave à la concurrence. Le monopole est une concentration de forces en vue de restreindre la liberté des tiers. L'entente est une convention conclue par des entreprises pour conserver les clientèles qu'elles ont acquises (7), au détriment des entreprises les mieux placées.

Le droit de la concurrence, spécialement le droit applicable aux ententes, s'analyse alors en un certain nombre d'interdictions visant certains *comportements* déterminés, condamnés en tant que tels. La protection intégrale de la concurrence apparaît dès lors comme une tâche ambitieuse, sinon inaccessible et l'on s'explique les difficultés d'application de textes conçus en termes très généraux. En face d'une telle conception de la concurrence, l'article 419 du Code pénal aurait dû conduire à l'interdiction systématique de toute une catégorie d'ententes. Cette conséquence était tellement aberrante que les tribunaux sont tombés dans l'excès inverse. Ils n'ont condamné que les ententes grossières, qui permettaient des bénéfices excessifs, prélevés sur les consommateurs, de sorte que seules les ententes qui affectaient gravement les prix ont retenu l'attention, et que les autres ont été ignorées. La réglementation des ententes a été comprise surtout comme un instrument de lutte contre la hausse des prix. Les conceptions françaises sont restées longtemps tributaires de cette idée. Elles le sont encore partiellement, comme en témoigne l'insertion des nouvelles règles de concurrence dans l'ordonnance du 30 juin 1945 relative aux prix.

Les textes plus récents marquent cependant un progrès sur le droit traditionnel. Ils édictent une interdiction de principe de toutes les ententes, mais sous réserve d'exceptions très importantes. Dans l'ordon-

päischen und amerikanischen Recht, erstattet für die internationale Kartellrechtskonferenz in Frankfurt a. M., juin 1960, T. I, p. 261.

(5) P. REUTER, *A propos des ententes industrielles et commerciales* : *Dr. soc.*, 1952, 442. — V. également Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN : *D.* 1963, Chr., 33.

(6) Cette notion juridique de concurrence ne se confond pas nécessairement avec la notion mythique de concurrence parfaite. Elle peut aussi être comprise à partir de l'idée plus moderne et plus réaliste de « workable competition » (concurrence praticable, efficace ou exploitable), élaborée par la doctrine américaine. V. en part. J. M. CLARK, *Toward a concept of workable competition*, dans *Readings...* précit., p. 452.

(7) RIPERT et ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, 5^e éd. Paris, 1963, T. I, p. 218.

nance du 30 juin 1945, l'article 59 *ter* comporte une dérogation en faveur des ententes qui ont pour effet d'améliorer et d'étendre les débouchés de la production ou d'assurer le développement du progrès économique par la rationalisation et la spécialisation.

L'article 65-2° CECA permet à la Haute Autorité d'autoriser certaines ententes de spécialisation, d'achat ou de vente en commun. L'article 85-3° CEE stipule que l'interdiction ne s'applique pas à des ententes qui, sous certaines conditions, contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique. On reconnaît qu'il existe de « bonnes ententes ». Mais sous cette réserve, la conception juridique voit dans les textes l'interdiction de comportements jugés en eux-mêmes préjudiciables à la liberté de décision des sujets économiques. *Dans cette mesure, ils ont pour objet la protection d'intérêts individuels, l'intérêt de toute entreprise à la libre concurrence.*

4. — Le point de vue économique est radicalement différent. Il consiste, au départ, à décrire des situations de marché qui sont plus ou moins concurrentielles. Ayant définitivement écarté le dualisme concurrence parfaite-monopole absolu, les économistes se sont attachés à l'étude des situations intermédiaires. Celles-ci se définissent par référence au pouvoir de contrôler le marché dont disposent les entreprises. Ce pouvoir se mesure. Le monopole s'analyse en un contrôle du marché, d'un certain degré. Alors que dans la conception juridique l'entente apparaît comme une convention en vue de protéger les clientèles acquises par les participants, elle se caractérise, dans la conception économique, par l'effet de domination qu'elle comporte. La concurrence ne peut pas se définir alors comme une situation abstraite. Il n'y a pas concurrence, mais des situations concrètes, propres à chaque marché particulier, et dans lesquelles les entreprises disposent d'une marge plus ou moins étendue de liberté (8).

Le but des règles de concurrence n'est plus d'interdire certains comportements déterminés, comme le soutient la conception juridique, mais de sauvegarder la marge de liberté propre à chaque marché particulier. Leur application impose de ne pas s'en tenir aux comportements des membres de l'entente, mais de rechercher concrètement quel rôle joue l'entente sur les conditions du marché où elle s'exerce, puis, en fonction de ce rôle, de prendre les mesures les plus appropriées.

5. — Or la conception économique semble trouver un appui dans les textes, car les règles relatives aux ententes se réfèrent à une certaine politique économique.

Cela est manifeste dans le cas du Traité CECA, dont l'article 4 porte que les pratiques restrictives « sont reconnues incompatibles avec

(8) J. HOUSSIAUX, *Concurrence et marché commun*, Paris 1960, p. 8 : « Dans les situations intermédiaires, les sujets économiques disposent d'une plage de liberté plus ou moins importante. Définir concrètement la concurrence, c'est déterminer avec précision dans chaque cas particulier les limites maximales et minimales de cette plage de liberté ».

le marché commun du charbon et de l'acier ». Or, selon l'article 2, le marché commun doit permettre l'expansion économique, le développement de l'emploi et le relèvement du niveau de vie dans les Etats membres. De même l'article 85-1° CEE déclare les ententes qu'il vise « incompatibles » avec le marché commun, et selon l'article 2, le marché commun doit contribuer à promouvoir le développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté, une expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie et des relations plus étroites entre les Etats. Vus sous cet angle, les articles 65 CECA et 85 CEE n'édicte pas des règles dotées d'une finalité propre. Ils sont les instruments d'une politique économique.

Cela est encore vrai à un second point de vue. Les articles 65 CECA et 85 CEE ne peuvent pas s'analyser en de pures interdictions. Ils formulent une réserve importante en faveur de certaines ententes qui sont autorisées. Parmi l'une des conditions de validité que pose l'article 65 CECA, figure pour l'entente le fait de « contribuer à une amélioration notable dans la production ou la distribution des produits visés ». De même, l'article 85 CEE stipule que l'interdiction peut être déclarée inapplicable à des ententes qui « contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte ».

En droit interne, l'article 59 *bis* de l'ordonnance du 30 juin 1945 ne peut pas non plus s'analyser en une interdiction pure et simple de certaines ententes. L'article 59 *ter* autorise en particulier les ententes qui ont pour effet « d'améliorer et d'étendre les débouchés de la production ou d'assurer le développement du progrès économique par la rationalisation et la spécialisation ».

Il apparaît ainsi que, à l'exception peut-être de l'article 419 du Code pénal, les règles applicables aux ententes ne sont pas dotées d'une finalité propre, mais qu'elles sont au service de politiques économiques. Ce point est fondamental, car il montre que pour les rédacteurs des Traités, comme pour ceux des articles 59 *bis* et 59 *ter*, il ne s'agissait pas seulement de qualifier un certain nombre de pratiques illicites, mais de prendre en considération les accords qui ont pour effet de restreindre la concurrence, sans se prononcer systématiquement à leur égard. Les formules adoptées englobent toutes les ententes et sont assez souples pour permettre une séparation entre les ententes nocives et les ententes utiles (9). Or la nature des conditions auxquelles l'autorisation des ententes utiles est soumise indique suffisamment que les textes servent des buts de politique économique. Par là, un souci de dirigisme anime la réglementation des ententes (10).

Il est alors nécessaire de se référer à la conception économique de la concurrence, car elle seule permet de juger une entente au regard

(9) R. ROBLOT, *Les relations privées des entreprises assujetties à la CECA : Dr. soc.* 1954, p. 571.

(10) R. RODIÈRE, *op. cit.*, p. 262.

de ces buts de politique économique. Elle conduit à déterminer d'une façon réaliste l'influence que l'entente exerce sur les conditions d'échange du marché (on cherche à mesurer son effet défavorable); elle permet de rechercher dans quelle mesure l'entente, malgré le comportement restrictif qu'elle engendre, concourt au même objectif que le régime concurrentiel lui-même (on cherche à mesurer son effet favorable).

Le respect des règles de concurrence ne constitue plus une fin en soi, *il doit être mis au service d'un but économique plus lointain*. Ces règles ne sont pas des règles matérielles protégeant l'intérêt des entreprises à la liberté du commerce. On a pu dire qu'elles visent à une organisation concurrentielle du marché (11).

6. — La conception juridique traditionnelle et la conception économique de la concurrence conduisent à des interprétations très différentes des mêmes textes. Il est alors primordial de déterminer si, en posant le droit relatif aux ententes, le législateur a entendu formuler des règles qui, par elles-mêmes, tendent directement au but qu'il a visé, ou si, au contraire, il a entendu parvenir à ce but d'une manière indirecte, par l'intermédiaire d'autorités administratives ou judiciaires chargées d'appliquer une certaine politique.

Le choix entre les deux thèses ne présente pas qu'un intérêt théorique. Il doit entraîner des effets pratiques considérables.

1° La différence apparaît sur le plan de la méthode qu'il convient de suivre pour appliquer les règles de concurrence. S'agissant de rechercher les atteintes qui sont portées à la concurrence, la conception juridique conduit à rechercher des comportements. On va, par exemple, rechercher si les entreprises ont suivi une politique de prix communs, si elles ont procédé à un partage géographique des débouchés ou si elles se sont rendues coupables de discrimination. Ces activités constituent alors, par elles-mêmes, la restriction de concurrence. La conception économique conduit à l'inverse à rechercher quel est le degré de concurrence qui est souhaitable sur le marché considéré et quel rôle jouent à cet égard les pratiques en cause. Il faut procéder à une analyse du marché, à une recherche des produits qui le composent, à une étude de sa structure (nombre et taille des entreprises en présence, contrôle du marché dont elles disposent).

2° Sur le plan des résultats, il se peut qu'un comportement restrictif soit, en fait, sans effet sur la situation concurrentielle à l'intérieur de la branche considérée. Sur un marché d'oligopole, les vendeurs peuvent se comporter individuellement de la même manière que les membres d'une entente respectant les termes de celle-ci. Si, dans cette hypothèse, la preuve d'une entente est rapportée, il se peut fort bien que l'interdiction et la suppression de l'entente n'entraîne

(11) P. DURAND, *L'évolution contemporaine du droit de la concurrence, Mélanges en l'honneur de P. ROUBIER*, Paris, 1961, T. II, p. 439.

aucune amélioration de la concurrence sur le marché considéré (12); au strict point de vue économique, il est difficile de considérer que l'entente porte dans ce cas atteinte à la concurrence. Une entente qui a pour objet de fixer les rabais que ses membres pourront consentir à leurs clients apparaît comme une pratique restrictive de concurrence, au point de vue juridique. En réalité, sur certains marchés, cette unification des conditions de vente peut fort bien avoir pour effet de renforcer la concurrence entre les vendeurs. Ces deux exemples montrent que la concurrence peut être compatible avec des restrictions de concurrence, au sens juridique. Réciproquement, des comportements corrects peuvent être observés sur des marchés où ne règne aucune concurrence. Enfin, certains comportements peuvent entraver ou favoriser la concurrence, suivant la catégorie de personnes que l'on considère. Ainsi, les prix de revente imposés restreignent la concurrence entre les détaillants qui doivent pratiquer ces prix, mais ils favorisent la concurrence entre les fournisseurs.

3° Quel droit les tiers ont-ils à se prévaloir des règles de concurrence ? Si celles-ci s'analysent en des règles matérielles protégeant des droits subjectifs, les entreprises qui ne sont pas parties à l'entente et qui voient leur liberté restreinte pourront exiger la mise en œuvre de l'interdiction. Elles pourront mettre en mouvement la répression pénale en se constituant partie civile; elles pourront demander réparation du préjudice que leur cause le comportement restrictif de concurrence; elles pourront faire valoir leur intérêt protégé, lors des procédures d'autorisation des ententes. Si, au contraire, les règles de concurrence sont les instruments d'une politique économique, seule la puissance publique sera juge de l'opportunité de leur mise en œuvre.

4° Dans quelle mesure les recours en cassation ou en annulation seront-ils recevables à l'encontre des décisions des autorités chargées d'appliquer la politique économique ? Si les règles de concurrence sont des instruments de politique économique, les décisions rendues porteront une appréciation en opportunité et, dans cette mesure, le juge de la légalité ne pourra pas en connaître.

On comprend alors l'importance qu'il y a à choisir entre les deux attitudes, à voir dans les règles applicables aux ententes une interdiction de comportements précis ou un objectif économique à atteindre.

7. — Il est difficile, en réalité, d'adopter exclusivement l'une ou l'autre des deux thèses en présence. On note du reste que, à travers l'évolution récente de la jurisprudence et de la doctrine — dans les

(12) V. p. ex., *American Tobacco Co v. U. S.* : 328 *US*. 781, texte dans S. Ch. OPPENHEIM, *Federal Antitrust Laws, Cases and Comments*, St Paul Minn., 1959, p. 416. Commentant cette espèce E. S. MASON écrit (*Harvard Law Review*, vol. 62, p. 1266, trad. franç. dans *Théorie économique et pratique des affaires*, Paris, 1959, p. 108) : « Supposer que la suppression de cette collusion ou de ce complot, tel qu'il existait entre les sociétés, entraînerait un comportement du marché de la vente des cigarettes très différent de celui sur lequel reposait l'accusation du complot de prix de vente, est contraire à la fois à la logique et au déroulement des événements ultérieurs de cette industrie ».

droits américain et allemand, en particulier (13) —, se dessine un rapprochement entre les deux conceptions. Une solution doit être recherchée qui tienne compte des résultats certains auxquelles parvient la conception juridique et la conception économique. C'est la recherche de cette solution qui constitue l'objet même de cet ouvrage.

L'examen des deux conceptions en présence permet de s'appuyer sur deux points incontestables.

8. — 1° *Le droit applicable aux ententes est essentiellement et principalement un droit fixant certaines compétences.*

Il ne peut pas s'analyser comme le soutient la conception juridique traditionnelle en un ensemble d'interdictions concrètes, protégeant certains droits subjectifs. Il consacre la compétence de certaines autorités qui, tant en droit interne qu'en droit communautaire, reçoivent pour mission d'appliquer la politique économique choisie. Les ententes que visent les textes ne sont pas les ententes interdites, mais les ententes qui, sans préjudice des mesures dont elles peuvent être l'objet, sont soumises au contrôle de ces autorités. Il convient donc de déterminer la compétence de ces dernières, en définissant les ententes dont elles peuvent connaître.

9. — 2° Parmi les règles applicables aux ententes, il en est de deux sortes. Les unes visent des buts particuliers. *Elles ne doivent pas être interprétées en fonction d'une politique économique, mais en fonction de leur finalité propre.* Ainsi, lorsque le législateur français interdit, dans l'article 37-4° de l'ordonnance du 30 juin 1945, les ententes qui ont pour objet de conférer un caractère minimum au prix des produits, il est évident qu'il vise un but particulier, empêcher les obstacles à la baisse des prix, quels que soient par ailleurs les impératifs de la politique économique. De même, lorsque les rédacteurs du Traité CEE interdisent dans l'article 7 les discriminations exercées en raison de la nationalité, ils édictent une mesure concrète qui doit prévaloir sur des objectifs de politique économique. Ces règles ont pour objet de sanctionner des comportements précis, que l'on tient, *a priori*, pour préjudiciables à l'ordre public ou à certains intérêts privés protégés.

Il est en revanche une seconde catégorie de règles : celles qui se réfèrent à une certaine politique économique. L'objectif est alors l'amélioration de la production et de la distribution, le développement du progrès économique, ou bien le développement harmonieux des activités dans l'ensemble de la Communauté européenne et les relations plus étroites entre les Etats membres de la Communauté. *Ces règles confèrent aux autorités qu'elles désignent des pouvoirs propres à poursuivre cette politique en appliquant les règles de concurrence.* Leur but n'est pas tellement de sanctionner des agissements coupables que d'orienter

(13) E. S. MASON, *Harvard Law Review*, vol. 62, précit. — E. STEINDORFF, *Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht*, Frankfurt a. M., 1959, p. 12.

les activités des entreprises (14). Pour leur application, les autorités administratives et judiciaires disposent d'une certaine liberté d'appréciation des circonstances économiques. Ces circonstances sont souvent complexes. De sorte que les règles de concurrence apparaissent souvent comme imprécises et que leur interprétation heurte les principes traditionnels. La règle de droit, celle de droit pénal tout particulièrement, souffre de la complexité des analyses économiques que son application nécessite.

Le problème du contrôle des ententes économiques consiste donc essentiellement à déterminer les règles qui rentrent dans l'une ou l'autre des deux catégories indiquées. La situation des ententes au regard de la loi ne peut s'analyser qu'en définissant les pouvoirs dont disposent les autorités à leur égard.

10. — Une étude du statut juridique des ententes doit donc être abordée sur deux plans successifs. Il faut d'abord définir les ententes susceptibles d'être soumises au contrôle. Il s'agit du problème de la définition de l'entente. Il faut ensuite étudier les modalités et les effets du contrôle exercé par les autorités dont la compétence aura ainsi été déterminée. Il s'agit alors du problème du contrôle des ententes économiques.

Ce sont ces deux problèmes qui seront abordés dans deux parties distinctes :

- Première partie : La définition de l'entente économique.
- Deuxième partie : Le contrôle des ententes économiques.

(14) V. A. VITU, *La définition et le contenu du droit pénal économique*, dans *Dix ans de conférences d'agrégation, Etudes de droit commercial offertes à J. HAMEL*, T. I, p. 37 : « la répression pénale n'est plus conçue comme un instrument d'arbitrage, c'est-à-dire un moyen de rétablir un équilibre rompu entre deux ou plusieurs particuliers à propos de leurs relations économiques, mais comme un instrument d'action économique ».

PREMIERE PARTIE

LA DÉFINITION DE L'ENTENTE ÉCONOMIQUE

11. — La difficulté d'aboutir à une définition de l'entente économique n'a pas échappé à l'attention des auteurs (1). Pour certains même, la tentative serait vouée à l'échec. « L'entente pouvant être réalisée par les procédés les plus différents, écrivait le Doyen Ripert, il ne paraît pas possible à l'heure actuelle de la faire rentrer comme telle dans une définition juridique précise... Cet échec dans la définition est extrêmement grave. Il rend à peu près impossible une réglementation étroite » (2).

De fait, la doctrine, dans sa grande majorité, ne s'est jamais penchée vraiment sur le problème.

Jusqu'ici, les auteurs ont mis tous leurs soins à déterminer les ententes qui tombent sous le coup d'une prohibition légale, mais il ne semble pas que l'on ait essayé de dégager une notion juridique de l'entente, comprenant à la fois les ententes interdites et les ententes autorisées et plus précise que les descriptions que nous donnent les études économiques (3).

(1) V. en part. DUSSAUZE, *L'Etat et les ententes industrielles*, Thèse, Paris, 1938, p. 133.

(2) Rapport présenté au nom de la Société d'études législatives, à propos du projet de MM. P. RAYNAUD et L. ROLLIN du 3 mars 1932 : *Bull. de la Soc. d'ét. leg.*, 1932, Question n° 88, p. 258. — V. également la discussion en Assemblée générale : *Bull.* 1933, p. 180.

(3) Cette remarque est commune à la plupart des thèses consacrées au sujet, avant 1940. Ainsi BIRAGUE D'APREMONT, *L'accaparement et les formes modernes d'ententes entre producteurs devant le droit pénal*, Thèse, Paris, 1903. — BROUILHET, *Essai sur les ententes commerciales et industrielles et les transformations qu'elles pourraient apporter dans l'ordre économique actuel*, Thèse, Paris, 1895. — DUTOT, *Les groupements de producteurs, étude sur les ententes et les fusions industrielles*, Thèse, Caen, 1918. — LAPERGUE, *Les syndicats de producteurs en France*, Thèse, Paris, 1925. — MASSOUBRE, *Les ententes professionnelles dans le cadre national et la doctrine économique*, Thèse, Paris, 1935. — DUSSAUZE, *L'Etat et les ententes industrielles*, précit.

Elle vaut également pour les ouvrages fondamentaux : AMIAUD, *Les nou-*

12. — Cette attitude doctrinale se justifiait, on doit le reconnaître, par le contenu même du droit positif. Définir juridiquement une institution, c'est la définir par rapport au droit positif qui lui est applicable, c'est la définir en utilisant des éléments de qualification qui sont tirés de la loi. Or, jusqu'à une époque récente, l'analyse du droit positif aurait conduit à une définition beaucoup trop étroite de l'entente. Deux sortes de dispositions trouvaient en effet application en matière d'ententes : l'article 419 du Code pénal et les règles du droit commun des contrats.

Dans sa rédaction initiale, celle de 1810, l'article 419 punissait d'emprisonnement et d'amende :

« Tous ceux qui, par des faits faux ou calomnieux semés à dessein dans le public, par des suroffres faites aux prix que demandaient les vendeurs eux-mêmes, par réunion ou coalition entre les principaux détenteurs d'une même marchandise ou denrée, tendant à ne la pas vendre ou à ne la vendre qu'à un certain prix, ou qui, par des voies ou moyens frauduleux quelconques, auront opéré la hausse ou la baisse du prix des denrées ou marchandises ou des papiers et effets publics au-dessus ou au-dessous des prix qu'aurait déterminés la concurrence naturelle et libre du commerce... »

Le champ d'application du texte s'est trouvé, il est vrai, élargi depuis la modification que lui a fait subir la loi du 3 décembre 1926. L'article 419 du Code pénal est actuellement rédigé de la manière suivante :

« Tous ceux :

1° Qui, par des faits faux ou calomnieux semés sciemment dans le public, par des offres jetées sur le marché à dessein de troubler les cours, par des suroffres faites aux prix que demandaient les vendeurs eux-mêmes, par des voies ou moyens frauduleux quelconques;

2° Ou qui, en exerçant ou tentant d'exercer, soit individuellement, soit par réunion ou coalition, une action sur le marché dans le but de se procurer un gain qui ne serait pas le résultat du jeu naturel de l'offre et de la demande,

Auront, directement, ou par personne interposée, opéré ou tenté d'opérer la hausse ou la baisse artificielle du prix des denrées ou marchandises ou des effets publics ou privés,

Seront punis d'un emprisonnement de deux mois à deux ans et d'une amende de 7 200 F à 360 000 F.

Le tribunal pourra, de plus, prononcer contre les coupables la peine de l'interdiction de séjour pour deux ans au moins et cinq ans au plus. »

Mais, dans sa rédaction initiale, autant que dans sa rédaction nouvelle, l'article 419 aboutissait à une interdiction pure et simple de certaines pratiques. D'une part, certaines de ces pratiques étaient manifestement étrangères à toute notion d'entente, ainsi les suroffres

volles formes d'ententes entre producteurs devant la loi pénale, Thèse, Paris, 1914. — L. MAZEAUD, *Le problème des unions de producteurs devant la loi française*, Paris, 1924; *Le délit d'altération des prix*, Paris, 1927; *Le régime juridique des ententes industrielles et commerciales en France*, Paris, 1928. — TCHERNOFF, *Ententes économiques et financières*, Paris, 1933.

ou l'action individuelle sur le marché; d'autre part, une définition de l'entente qui se serait appuyée sur le texte eût été fatalement limitée aux seules ententes interdites. Les ententes licites seraient restées en dehors de la définition. Le problème de frontière se situait à la limite des activités réprimées et des activités permises : une définition de l'entente, englobant les ententes licites était sans utilité.

Quant au droit commun des contrats, il est à peine nécessaire de souligner qu'il n'engageait lui non plus à aucune tentative de définition. On ne pouvait y trouver aucun élément spécifique à la notion d'entente. Son application conduisait seulement à conclure que l'entente était frappée de nullité lorsqu'elle était conclue en méconnaissance de certaines conditions de fond ou de forme.

Le droit positif avait donc, traditionnellement, pour seul objet d'interdire certains cas d'ententes. C'est à ces cas d'interdiction que s'appliquaient tous les efforts de définition.

13. — Or l'objet de la législation n'est plus le même. L'aspect pénal de la réglementation tend à passer au second plan, non seulement en fait (4) mais encore en droit. Le législateur ne se contente plus d'édicter un certain nombre d'interdictions, il tend à mettre à la charge des ententes des obligations positives précises; *il prend pour objet les ententes licites, afin d'en régler l'activité*. Les textes modernes sont, d'une part, spécifiques à la notion d'entente; ils visent, d'autre part, à la fois les ententes interdites et les ententes licites. Le champ de la réglementation s'est élargi et l'on est aujourd'hui en droit de penser que les rédacteurs ont eu en vue une certaine conception de l'entente, qui est passée dans les textes.

Il est alors possible de recourir aux dispositions du droit positif, et non plus aux seules analyses économiques, pour délimiter la notion d'entente économique. Il faut isoler, avec suffisamment de sécurité, les faits qui appartiennent à la notion d'entente et auxquels est seule applicable la réglementation en vigueur, et les distinguer de ceux qui ressortissent à des catégories voisines. Nous appellerons donc ententes, au sens strict, celles-là seules qui font l'objet des dispositions spécifiques du droit positif. Quelles sont alors ces dispositions ? Ce sont, outre l'article 419 du Code pénal, celles qui figurent dans l'ordonnance du 30 juin 1945 relative aux prix, dans le Traité CECA et dans le Traité CEE.

1° On ne saurait faire totalement abstraction de l'article 419 du Code pénal. Ce texte a longtemps constitué la seule disposition spéciale applicable aux ententes et c'est sous son empire que s'est formée une jurisprudence qui conserve toute son importance. Cette

(4) Le cas est particulièrement net dans la pratique de la lutte anti-trust aux U. S. A. L'usage des *consent decrees* évite, dans la plupart des espèces, le recours aux sanctions pénales. En droit allemand, les cas sont très rares d'une procédure allant jusqu'à son terme, c'est-à-dire au prononcé des amendes prévues par le parag. 38 GWB. En droit belge, la Loi contre les abus de puissance économique n'admet de sanction pénale qu'au terme d'une procédure longue et compliquée au cours de laquelle toutes les chances de transaction sont ménagées.

jurisprudence a largement contribué, pour sa part, à préciser certains aspects des ententes économiques. Réduit aux seules dispositions qui intéressent les ententes, le texte se présente de la manière suivante :

« Tous ceux qui, en exerçant ou tentant d'exercer par réunion ou coalition une action sur le marché dans le but de se procurer un gain qui ne serait pas le résultat du jeu naturel de l'offre et de la demande, auront, directement ou par personne interposée, opéré ou tenté d'opérer la hausse ou la baisse artificielle du prix des denrées ou marchandises ou des effets publics ou privés seront punis d'un emprisonnement de deux mois à deux ans et d'une amende de 7 200 F à 360 000 F. Le tribunal pourra, de plus, prononcer contre les coupables la peine de l'interdiction de séjour pour deux ans au moins et cinq ans au plus. »

2° Les dispositions de l'ordonnance 45-1483 du 30 juin 1945 qui fournissent une base à une définition des ententes, sont essentiellement les articles 59 *bis* et 59 *ter*, mis en vigueur par le décret du 9 août 1953 (5). Dans la seule mesure où ces articles visent les ententes, ils sont ainsi rédigés :

« ART. 59 *bis*. — Sont prohibés, sous réserve des dispositions de l'article 50 *ter*, toutes les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites, ou coalitions sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit, ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'entraver le plein exercice de la concurrence en faisant obstacle à l'abaissement des prix de revient ou de vente, ou en favorisant une hausse artificielle des prix.

Tout engagement ou convention se rapportant à une pratique ainsi prohibée est nul de plein droit.

Cette nullité peut être invoquée par les parties et par les tiers, elle ne peut être opposée aux tiers par les parties; elle est éventuellement constatée par les tribunaux de droit commun à qui l'avis de la commission, s'il en est intervenu un, doit être communiqué.

« ART. 59 *ter*. — Ne sont pas visées par les dispositions de l'article 59 *bis*, les actions concertées, conventions ou ententes :

- 1° Qui résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire;
- 2° Dont les auteurs seront en mesure de justifier qu'elles ont pour effet d'amé-

(5) Seules ont été annulées par l'arrêt du Cons. d'Etat du 18 juin 1958, (*Syndicat des grossistes en matériel électrique de la région de Provence*, Concl. Tricot : *Rec. Cons. d'Etat*, 358; *D.* 1958, 656), les dispositions du décret du 9 août 1953 qui avaient pour objet de définir des infractions pénales, c'est-à-dire celles qui devaient prendre place dans l'art. 37 de l'ordonnance 45-1483.

La loi du 2 juillet 1963 (loi de finances n° 63-628 rectificative pour 1963, portant maintien de la stabilité économique et financière) a ajouté aux articles 59 *bis* et 59 *ter* des dispositions relatives aux entreprises ou aux groupes d'entreprises occupant une position dominante.

En vertu de l'article 3-I de la loi, l'article 59 *bis* est complété par l'alinéa suivant :

« Sont prohibées dans les mêmes conditions les activités d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises occupant sur le marché intérieur une position dominante caractérisée par une situation de monopole ou par une concentration manifeste de la puissance économique, lorsque ces activités ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'entraver le fonctionnement normal du marché. »

En vertu de l'article 3-II, la première phrase de l'article 59 *ter* est complétée par la disposition suivante :

« ... ainsi que les activités d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises occupant une position dominante. »

Il ressort nettement des termes de la loi que la notion de groupe d'entreprises occupant une position dominante est distincte de la notion d'entente.

liorer et d'étendre les débouchés de la production ou d'assurer le développement du progrès économique par la rationalisation et la spécialisation. »

3° Les ententes entre entreprises qui exercent dans le domaine du charbon ou de l'acier une activité de production ou de distribution sont visées par l'article 65 CECA. Ce long article contient à côté de la définition des ententes interdites ou susceptibles d'autorisation (art. 65, 1° et 2°, 1^{er} al.) des dispositions relatives aux modalités de l'autorisation (art. 65-2°, 2°, 3°, 4° et 5° al.), à la procédure d'information de la Haute Autorité (art. 65-3°), à la compétence exclusive de celle-ci (art. 65-4°, 2° al.), et aux sanctions (art. 65-4°, 1^{er} al. et 65-5°). Seule la première partie du texte est à prendre en considération pour le point qui nous occupe. Elle est ainsi rédigée :

« ART. 65. — 1. — Sont interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui tendraient, sur le marché commun, directement ou indirectement, à empêcher, restreindre ou fausser le jeu normal de la concurrence et en particulier :

- a) à fixer ou déterminer les prix;
- b) à restreindre ou à contrôler la production, le développement technique ou les investissements;
- c) à répartir les marchés, produits, clients ou sources d'approvisionnement.

2. — Toutefois, la Haute Autorité autorise, pour des produits déterminés, des accords de spécialisation ou des accords d'achat ou de vente en commun, si elle reconnaît :

- a) que cette spécialisation ou ces achats ou ces ventes en commun contribueront à une amélioration notable dans la production ou la distribution des produits visés;
- b) que l'accord en cause est essentiel pour obtenir ces effets sans qu'il soit d'un caractère plus restrictif que ne l'exige son objet;
- c) qu'il n'est pas susceptible de donner aux entreprises intéressées le pouvoir de déterminer les prix, contrôler ou limiter la production ou les débouchés, d'une partie substantielle des produits en cause dans le marché commun, ni de les soustraire à une concurrence effective d'autres entreprises dans le marché commun. »

4° L'article 85 du Traité CEE s'applique aux ententes entre entreprises qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres (6). Il présente en une sorte de diptyque les ententes interdites et les ententes autorisées :

« ART. 85-I. — Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de

(6) Dès l'entrée en vigueur du Traité, une controverse très vive s'est élevée sur la véritable signification des art. 85 et 86 CEE. S'agissait-il de dispositions portant un simple programme, destiné aux Etats membres de la Communauté et que les entreprises pouvaient ignorer, ou s'agissait-il au contraire de règles substantielles qui s'imposaient aux individus, au même titre que les dispositions de leur droit interne ? Ce problème, important en ce qui concerne la mise en œuvre du régime applicable aux ententes, est sans portée quant à la conception de l'entente économique que les rédacteurs du Traité ont adoptée. Il sera donc exposé à sa place (V. *infra*, n° 277 et s.).

fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à :

a) Fixer de façons directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction;

b) Limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements;

c) Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement;

d) Appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;

e) Subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats. »

« ART. 85-3. — Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables :

— à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,

— à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et

— à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans

a) Imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs;

b) Donner à ces entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence. »

14. — Ces quatre dispositions, article 419 du Code pénal, articles 59 *bis* et 59 *ter* de l'ordonnance 45-1483, article 65 CECA et article 85 CEE, ont des champs d'application différents, qu'il conviendra de préciser. Mais ils se réfèrent à une notion de l'entente économique qui leur est commune et que l'on s'efforcera de dégager. La définition de l'entente sera celle qui peut être en accord avec les quatre réglementations.

Celles-ci présentent un premier caractère commun évident. Elles ne s'appliquent pas indistinctement à tous les accords que peuvent passer des individus pour régler leur activité. Elles ne s'appliquent qu'aux accords qui ont pour objet certaines activités humaines seulement. Autrement dit, les ententes économiques ne se forment pas dans tous les secteurs de l'activité humaine, ni même dans tous les secteurs de l'activité économique. Il conviendra donc de rechercher, avant toute chose, quels sont ces *secteurs* qui sont *soumis à l'activité des ententes*.

Ce problème une fois résolu, on découvre entre les quatre textes des analogies certaines. Deux d'entre elles apparaissent comme essentielles.

Tous les textes que nous avons cités mettent d'abord l'accent sur l'idée d'un *accord* entre sujets économiques. Cette idée constitue la base de la définition de l'entente. Or si la nécessité d'un accord apparaît clairement, il n'en va pas de même des formes que peut prendre cet accord. L'aspect quelque peu hétéroclite des énumérations présen-

tées — réunion, coalition, action concertée, décision d'association — semble traduire de la part des rédacteurs bien de l'incertitude. C'est dans ces rapports entre l'accord et les formes de l'entente qu'il faut chercher à préciser les contours de la définition.

Enfin, les textes font appel, pour la caractériser, aux diverses *manifestations de l'entente* : atteinte au jeu de la concurrence, effet de hausse ou de baisse sur les prix, effet sur le commerce entre Etats, promotion du progrès économique ou technique. C'est dans le lien de causalité, parfois subtil, qui relie certains effets à l'action de l'entente, qu'il faut chercher à éclaircir la notion d'entente économique.

C'est donc en définitive dans trois directions différentes qu'il conviendra de rechercher les éléments d'une définition de l'entente économique s'appuyant sur les textes. Trois titres successifs leur seront consacrés :

Titre I : Les secteurs économiques soumis à l'activité des ententes.

Titre II : L'accord entre les membres de l'entente.

Titre III : Les manifestations de l'entente.

TITRE I

LES SECTEURS ÉCONOMIQUES SOU MIS A L'ACTIVITÉ DES ENTENTES

15. — C'est en vue de régler leurs activités que les membres de l'entente réalisent leur accord. Mais alors, il se pose la question de savoir si toutes les activités humaines peuvent constituer l'objet d'une entente. A titre d'exemple, un accord entre médecins en vue de partager leur clientèle peut-il être compté au nombre des ententes économiques ? La réponse à cette question doit être cherchée avant tout dans les textes qui intéressent la matière. Il faut donc rechercher à propos de quels domaines de l'activité humaine ces textes reçoivent application.

Les critères utilisés pour déterminer ces domaines diffèrent avec chacun des textes considérés. Une même idée, en revanche, se trouve à la source de ces critères divers : il est possible de trouver dans le but de la législation économique relative aux ententes un critère commun pour l'application des diverses dispositions. On envisagera donc successivement :

Chapitre I. — La diversité des critères prévus par les textes.

Chapitre II. — L'existence d'un critère commun.

CHAPITRE I

LA DIVERSITE DES CRITERES PREVUS PAR LES TEXTES

SECTION 1

LES CRITÈRES DU DROIT INTERNE

16. — Le premier des deux textes applicables aux ententes en droit interne, l'article 419 du Code pénal, fournit, semble-t-il, la réponse à la question posée : seules sont visées les réunions ou coalitions qui tendent à « opérer la hausse ou la baisse artificielle du prix des *denrées ou marchandises ou des effets publics ou privés* ». C'est donc dans ce domaine particulier, celui de la production et de la circulation des denrées, marchandises et effets publics ou privés, que se forment les ententes que vise l'article 419.

En revanche, le second texte, l'article 59 *bis* de l'ordonnance 45-1483, ne contient aucun élément de réponse à la question posée. Toutefois, l'article 60 de la même ordonnance prévoit expressément que les dispositions de celle-ci s'appliquent à *tous les produits et à tous les services*. L'interprétation de ces divers termes ne manque pas de soulever de nombreux problèmes et il est nécessaire de préciser leur portée exacte.

§ 1. — *Les secteurs de l'activité économique dans lesquels l'article 419 du Code pénal est applicable*

17. — L'article 419 du Code pénal s'applique aux ententes qui opèrent ou tentent d'opérer la hausse ou la baisse artificielle du prix des denrées ou marchandises ou des effets publics ou privés. Il importe donc de préciser l'étendue de ces divers secteurs.

18. — La référence de l'article 419 du Code pénal aux *denrées* ne présente aucune utilité : Les denrées rentrent dans la catégorie plus générale des marchandises (1). Cette mention ne présente même

(1) Dans ce sens, L. MAZEAUD, *Le problème des unions de producteurs devant la loi française*, op. cit., p. 180. — Il est vrai que l'art. 632, al. 1^{er} C. com. prend soin de faire la distinction, en réputant acte de commerce « tout achat de denrées et marchandises pour les revendre... ». Mais selon les commentateurs les plus autorisés, le mot *marchandise* aurait suffi, le terme *denrée* se disant plus spécialement de ce qui est destiné à la subsistance des hommes et des animaux (LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de Dr. com.*, 5^e éd., T. I, p. 122).

pas l'intérêt de renvoyer à l'article 420 du Code pénal, car ce dernier, qui renforce les pénalités de l'article 419, ne concerne que certaines denrées de première nécessité, limitativement énumérées (2).

19. — L'interprétation du mot *marchandises* ne semblait pas devoir poser de bien graves difficultés. On avait pensé, lors des premières applications du texte, au début du XIX^e siècle, que le mot devait être pris dans son acception courante, celle de choses « mobilières, corporelles, qui se comptent, se pèsent ou se mesurent et sont destinées à être transmises dans le commerce au moyen d'achats et ventes » (3).

L'hésitation était possible cependant, car il existe une autre signification, beaucoup plus large, du mot *marchandise*. Dans ce dernier sens, employé seul, il est le synonyme du mot *commerce* (4). C'est ainsi que l'on disait autrefois « faire la marchandise » dans le sens moderne de « faire des affaires » et que, dans les anciennes ordonnances, on peut lire « les juges de la marchandise » pour « les juges du commerce ». Comme au surplus l'article 419, dans sa rédaction première, visait les réunions ou coalitions entre les *principaux détenteurs d'une même marchandise*, on pouvait penser qu'il s'appliquait en réalité aux coalitions formées entre les principaux commerçants d'une même branche fournissant au public des denrées et des services. Les adversaires de cette interprétation faisaient toutefois remarquer qu'en matière pénale, les dispositions de la loi ne sauraient être étendues de sorte que c'est dans le sens restrictif, au surplus courant, que l'expression devait être comprise. En outre, cette conception restrictive trouvait un appui dans plusieurs dispositions du Code de commerce qui utilisent le mot dans son sens restreint. Ainsi, l'article 72 vise le cours du change des marchandises, des assurances, du prix des transports, des effets publics et autres; les articles 77, 81 et 82 font des courtiers de marchandises une catégorie spéciale de courtiers; enfin et surtout, l'article 632 fait de l'achat de denrées et marchandises pour les revendre une catégorie spéciale d'actes de commerce. Comme l'article 419 visait les unions qui tendent à ne pas vendre ou à ne vendre qu'à un certain prix, il y avait une corrélation nécessaire entre l'article 419 du Code pénal et l'article 632 du Code de commerce : ce que visait le texte pénal, c'étaient les seules activités de vente de marchandises corporelles.

C'est sur la base de cette interprétation que les Cours royales de Toulouse, le 13 juin 1837, et de Paris, le 16 mai 1839, refusèrent

(2) Art. 420 C. pén. : « La peine sera d'un emprisonnement d'un an à trois ans et d'une amende de 18 000 F à 540 000 F si la hausse ou la baisse ont été opérées ou tentées sur des grains, farine, substances farineuses, denrées alimentaires, boissons, combustibles ou engrais commerciaux.

L'emprisonnement pourra être porté à cinq ans et l'amende à 720 000 F s'il s'agit de denrées ou marchandises qui ne rentrent pas dans l'exercice habituel de la profession du délinquant. »

(3) V. en part., Paris 16 mai 1839, sous Crim. 9 août 1839 : S. 1839, 1, 721.

(4) LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, V^e marchandise : « Trafic, action de faire le commerce ».

d'appliquer l'article 419 à des entrepreneurs de messageries qui effectuaient le transport de personnes (5).

La Cour de cassation n'a jamais retenu la thèse restrictive. Dans l'affaire qui lui était soumise le 9 décembre 1836 sur pourvoi contre un arrêt de la Cour d'Amiens du 4 juillet 1836, deux entreprises puissantes, les Messageries Royales et les Messageries générales, s'étaient entendues pour ruiner une entreprise de moyenne importance qui effectuait le transport d'Amiens à Boulogne (6). Par le moyen d'une baisse momentanée et considérable du prix du transport dont elles supportaient la perte en commun, elles devaient amener leur concurrent à cesser toute activité. Cités devant le tribunal correctionnel, les prévenus soutenaient que les faits ne pouvaient nullement constituer le délit de l'article 419, car il était impossible de considérer le transport comme une marchandise. Confirmant l'arrêt de la Cour royale, la Chambre criminelle rejeta cette argumentation.

La défense avait surtout fait appel à des arguments d'exégèse et n'avait abordé qu'incidemment la question du but de la loi (7). La Cour suprême, sensible au raisonnement présenté par son procureur général, se plaça délibérément sur un autre plan : celui, justement, du but de la loi. « Quel est le but de la loi ? demande le Procureur général Dupin, il est général. Le législateur a senti l'impuissance de tout dire, de tout prévoir. Aussi, sa prévoyance n'a pas enchaîné le juge dans le lien de termes et lui a donné plutôt une indication, un cadre, une définition ». Puis il montre que la protection du commerce résultait autrefois des règlements des jurandes et des maîtrises. Ces dernières ont été supprimées et le principe est devenu celui de la liberté du commerce. Mais le commerce devenu libre n'a, pas moins que par le passé, besoin d'être protégé contre les abus. L'article 419 du Code pénal est l'une des pièces maîtresses de cette protection. Il doit être entendu largement. Le terme marchandises doit être interprété dans le sens le plus extensif.

« Attendu que l'article 419 du Code pénal a pour objet d'assurer la libre et naturelle concurrence des opérations commerciales et de réprimer toutes les coalitions et réunions, et toutes manœuvres ayant pour but d'opérer par des voies frauduleuses la hausse ou la baisse du prix d'une même marchandise ou denrée, des papiers ou effets publics, au-dessus ou au-dessous du prix qu'aurait déterminé cette concurrence naturelle et libre; que les dispositions de cet article s'appliquent évidemment à tout ce qui étant l'objet des spéculations du commerce a un prix courant habituellement déterminé par la libre et naturelle concurrence du trafic dont il s'agit »,

(5) Toulouse, 13 juin 1837 : *S.* 1838, 1, 241; — Paris, 16 mai 1839 : *S.* 1839, 1, 721.

(6) Cass. crim. 9 déc. 1836 : *S.* 1836, 1, 881.

(7) Plaidoirie de CRÉMIEUX, sous l'arrêt précédent. Les mêmes arguments seront repris en 1885 par le Conseiller AUGER dans son rapport sous Crim. 30 juillet 1885 (*S.* 1885, 1, 514). La Chambre criminelle ne suivit pas l'avis de son rapporteur, mais, doit-on remarquer, la jurisprudence de la Cour sur ce point n'allait pas sans soulever de sévères critiques. Celles-ci se perpétueront encore très longtemps.

Ainsi s'exprimait la Chambre criminelle qui relevait ensuite que le transport par terre et par eau constitue, aux termes de l'article 632 du Code de commerce, un acte de commerce. De ce fait il tombait sous le coup de la disposition pénale : il constituait un objet des spéculations du commerce.

Il est vrai que l'arrêt du 9 décembre 1836 s'efforçait ensuite de répondre aux arguments d'exégèse en essayant d'assimiler la place dans une voiture à une véritable marchandise louée ou vendue à temps et pour un certain prix. Mais dans son arrêt du 9 août 1839, la Cour de cassation devait abandonner ce motif superflu (8) qui ne devait jamais être repris par elle. Désormais, la formule, heureuse dans sa concision, deviendra de style : les dispositions de l'article 419 s'appliquent à tout ce qui, étant l'objet des spéculations du commerce, a un prix habituellement déterminé par la libre et naturelle concurrence du trafic dont il s'agit. A partir de 1839 la jurisprudence est parfaitement assise en ce qui concerne le transport (9). En 1845, l'article 419 est appliqué à vingt-quatre assureurs de la place de Bordeaux qui s'étaient entendus pour fixer chaque mois un prix minimum des primes (10). En 1923, la Cour de cassation, après la Cour de Paris, considère le fonds de commerce comme une marchandise (11).

20. — La loi du 3 décembre 1926 qui a modifié les articles 419, 420 et 421 du Code pénal conserve à la jurisprudence traditionnelle toute sa valeur. Le texte nouveau ne concerne plus comme l'ancien les seules coalitions entre les principaux détenteurs d'une même marchandise, et de ce fait il est d'une application plus générale, mais comme lui,

(8) Cass. crim. 9 août 1839 : *S.* 1839, 1, 721.

(9) Paris 17 mai 1850 : *S.* 1850, 2, 383; *D.* 1850, 2, 122; — Cass. crim. 9 avril 1863 : *S.* 1864, 1, 146; *D.* 1864, 1, 56; — Cass. req. 20 juill. 1869 : *S.* 1869, 1, 382; — Cass. crim. 6 déc. 1961 : *JCP.* 62, IV, éd. G, 6.

(10) Cass. crim. 16 mai 1845 : *S.* 1845, 1, 434; *D.* 1845, 1, 289 (avec la consultation de RAVEZ), cassant Bordeaux 9 juill. 1845 : *D.* 1845, 1, 289.

(11) Cass. crim. 3 juin 1923 : *S.* 1923, 1, 329, note ROUX; *D.* 1923, 1, 129, note LELOIR. — Solution constante : Paris 24 mai 1922 : *GP.* 1922, 1, 756; — Trib. corr. Seine 13 juill. 1922 : *GP.* 1922, 2, 379 et 26 déc. 1922 : *GP.* 1923, 1, 206; — Cass. crim. 17 mai 1924 : *GP.* 1924, 2, 305 et 18 sept. 1924 : *Bull. crim.*, p. 575.

Tous ces jugements et arrêts ont été rendus à propos de la loi du 20 avril 1916, mais dans les mêmes termes que s'il se fût agi de l'art. 419, puisque l'art. 10 de cette loi était ainsi rédigé :

« Seront punis des peines de l'art. 419 du Code pénal tous ceux qui, pendant la durée d'application de la présente loi, soit personnellement, soit en tant que chargés à un titre quelconque de la direction ou de l'administration de toute société ou association, même sans emploi de moyens frauduleux, mais dans un but de spéculation illicite, c'est-à-dire non justifiée par les besoins de leurs approvisionnements, ou de légitimes prévisions industrielles ou commerciales, auront opéré ou tenté d'opérer la hausse des prix des denrées ou marchandises au-dessus des cours qu'aurait déterminés la concurrence naturelle et libre du commerce... »

La loi du 20 avril 1916 a cessé de s'appliquer, à compter du 23 octobre 1922 (*L.* 21 oct. 1923).

L'arrêt de la Chambre criminelle du 3 janvier 1925 (*GP.* 1925, 1, 271) a été rendu à propos des deux textes, art. 419 C. pén. et art. 10 de la loi du 20 avril 1916.

il vise toujours les coalitions qui entraînent une hausse ou une baisse artificielle du prix des marchandises. Sous le bénéfice de cette remarque, on peut considérer que l'article 419 du Code pénal possède un domaine d'application très étendu. Il peut s'appliquer à toutes les activités qui consistent :

— soit en des opérations dans la production ou la circulation de biens corporels ou incorporels;

— soit en des prestations de services, pourvu que ces prestations ou ces opérations revêtent un caractère spéculatif, c'est-à-dire qu'elles tendent à procurer un bénéfice dont le montant soit finalement déterminé par les lois de l'offre et de la demande.

Dès lors, on peut douter de l'utilité de la référence que fait le texte pénal aux effets publics et privés. Ne consistent-ils pas en des biens corporels, comparables à des marchandises ? Le problème mérite cependant d'être examiné de plus près.

21. — A côté de la hausse ou de la baisse du prix des denrées ou marchandises, l'article 419 du Code pénal mentionne celles du prix des *effets publics ou privés*. Il faut entendre le mot effets dans le sens de titres négociables qui représentent une créance ou un bien corporel. Les effets publics sont donc essentiellement les rentes sur l'Etat, les bons du trésor, les titres émis par l'Etat et les collectivités publiques à la suite d'un emprunt (12), et les billets de banque. Quant aux effets privés, ce sont les effets de commerce — lettre de change, billet à ordre, billet au porteur, chèque et warrant (13) et les valeurs mobilières privées : actions (14), obligations des sociétés et parts de fondateurs (15).

L'histoire de l'article 419 explique cette référence spéciale aux effets publics et privés. Mais on doit se demander si cette mention expresse ne peut pas être la source d'une distinction importante.

L'article 419 du Code pénal, dans sa rédaction primitive, visait d'une part les denrées et marchandises et, d'autre part, les papiers et effets *publics*. Une controverse était née au sujet des effets privés, spécialement des valeurs mobilières. Selon les uns, celles-ci devaient être exclues de l'application du texte puisque celui-ci visait les seuls effets publics. Cette thèse s'appuyait, du reste, sur les travaux préparatoires du Code pénal (16). Enfin, on faisait remarquer que le législateur avait toujours pris soin de distinguer, dans le Code pénal

(12) Cass. crim. 27 janv. 1921 : *S.* 1922, 1, 235.

(13) LESCOT et ROBLLOT, *Les effets de commerce*, Paris, 1953, T. I, p. 14.

(14) V. p. ex. : Paris 9 avril 1935 : *DP.* 1936, 2, 108 (1^{re} espèce), note TCHERNOFF; — Trib. corr. Seine 10 fév. 1936 : *DP.* 1936, 2, 108 (2^e espèce); — Cass. crim. 17 nov. 1949 : *D.* 1950, J, 5.

(15) Les parts de fondateurs sont des effets privés : Cass. crim. 6 fév. 1932; *S.* 1933, 1, 394; *DH.* 1932, 148.

(16) Cons. d'Etat, séances des 20 décembre 1808 et 8 septembre 1809 : LOCRÉ, T. XXXI, p. 41, 64 et 93. Le projet portait : « papiers et effets négociables de quelque nature qu'ils soient ». Sur la proposition de Begouën, on substitua à cette expression celle de « papiers et effets publics ».

et dans les lois postérieures, les marchandises des titres et billets de toutes sortes (17). Selon d'autres, au contraire, la signification très large du terme marchandises devait conduire, inmanquablement, à ranger les valeurs mobilières dans cette catégorie. Les travaux préparatoires s'expliquaient fort bien, si l'on considérait qu'à l'époque de la rédaction du Code la distinction essentielle se plaçait entre les effets publics et les lettres de change, et non pas entre les effets publics et privés (18).

Sans épuiser des controverses doctrinales qui devaient se poursuivre jusqu'en 1926, la Cour de cassation s'était prononcée en 1885 dans le sens de la thèse restrictive (19). Elle mettait fin aux divisions antérieures de la jurisprudence (20). L'arrêt, brièvement motivé, est fondé sur les travaux préparatoires et sur un argument de texte irréprochable : quel que soit l'intérêt pratique que pourrait présenter l'application de l'article 419 aux spéculations sur les valeurs mobilières, il est difficile de soutenir que les effets privés sont tacitement rangés dans la catégorie des marchandises, alors que par ailleurs les effets publics sont expressément désignés par le texte.

Cependant, une certaine contradiction semblait bien se dégager de l'ensemble de la jurisprudence de la haute juridiction. Il était paradoxal d'affirmer, d'une part, que l'article 419 s'applique à tout ce qui étant l'objet des spéculations du commerce a un prix courant habituellement déterminé par la libre concurrence et, d'autre part, que le même article ne pouvait pas s'appliquer aux valeurs mobilières, surtout à celles qui sont cotées en bourse et voient leur prix soumis par excellence au jeu de la concurrence (21). En réalité, la jurisprudence de la Chambre criminelle traduisait, en dépit de son apparente contradiction, une idée que nous croyons juste. On ne saurait confondre le marché des effets négociables et celui des marchandises, même entendu largement. Il ressort de la décision de la Cour de cassation et bien que cela ne soit pas affirmé d'une façon expresse, que les deux catégories de biens sont fondamentalement différentes. D'un côté, les richesses, au sens économique du terme; d'un autre côté, des titres qui représentent ces richesses. Cela correspond à une double circulation. Celle des produits et des services et celle des

(17) MAZEAUD, *Le problème des unions...*, op. cit., p. 203 et s.

(18) AMIAUD, *Les nouvelles formes d'ententes...*, op. cit., p. 198 et s.

(19) Cass. crim. 30 juill. 1885 : *S.* 1885, 1, 514, Rapport du Conseiller AUGER. — Dans le même sens, Paris 18 mars 1887 : *DP.* 1888, 2, 131 (1^{re} espèce); — Bourges 2 août 1888 : *DP.* 1889, 2, 49.

(20) Dans le sens de l'interprétation restrictive, Paris 1^{er} juin 1843 : *S.* 1843, 2, 277. — Contra, Paris 19 mars 1883 : *S.* 1883, 2, 97 et 27 déc. 1884, sous Crim. 30 juill. 1885, précité; — Lyon 12 mars 1885 : *DP.* 1886, 2, 136.

(21) Les auteurs avaient si bien senti la difficulté qu'ils s'étaient efforcés, afin d'aboutir à une exclusion plus certaine des valeurs mobilières de l'application du texte, de remettre en doute l'interprétation jurisprudentielle du terme marchandise (V. en part. rapport du Conseiller AUGER, précité). En sens contraire, certains partisans de l'interprétation extensive, sensibles à l'argument de pure logique qui leur était opposé, s'efforçaient de montrer que les papiers publics pouvaient comprendre tous les titres cotés en Bourse et offerts au public (COSSON, *L'agiotage et les syndicats financiers*, Paris, 1889).

créances, dont les courants se superposent, sans jamais toutefois se mêler. Et cette idée demeure dans la rédaction actuelle de l'article 419 qui vise, d'une part, les denrées et marchandises et, d'autre part, les effets publics ou privés. La loi du 3 décembre 1926, en modifiant l'article 419 sur ce point, a mis fin à l'ancienne controverse, mais l'idée mérite d'être conservée. Elle garde aujourd'hui toute sa valeur. Elle permet d'isoler les ententes qui portent sur le marché des valeurs mobilières et de les opposer aux ententes économiques proprement dites. Il suffit d'observer que l'article 419 concerne les unes et les autres.

22. — Ainsi, l'examen des critères prévus par les textes et tels que les a interprétés la jurisprudence, permet d'assigner à l'article 419 du Code pénal un domaine d'application très large. On peut dire que l'entente, au sens de la disposition pénale, est celle qui règle les activités que mènent ses membres soit dans le secteur de la production ou de la circulation des biens corporels ou incorporels, soit dans celui de la prestation des services, soit enfin dans celui de la circulation des effets publics et privés, en particulier des valeurs mobilières. Il suffit que ces activités aient un but spéculatif.

§ 2. — Les secteurs de l'activité économique dans lesquels les articles 59 bis et 59 ter de l'ordonnance 45-1483 sont applicables

23. — L'article 59 *ter* n'est pas utilisable. Il distingue une catégorie particulière d'ententes, mais sans se référer à leur domaine de formation. C'est sur le plan des effets de l'entente qu'il se place pour distinguer les cas dans lesquels la prohibition ne s'applique pas. Il vise ce que l'on appelle communément les « bonnes » ententes. L'idée de secteur économique dans lequel se crée l'entente est étrangère à l'article 59 *ter*.

L'article 59 *bis* est d'une portée plus générale; il donne les mesures de l'entente économique telle qu'elle apparaît dans l'ordonnance 45-1483 du 30 juin 1945. Mais force est bien de reconnaître que les dispositions de cet article sont sans signification quant au point qui nous occupe. A la rigueur pourrait-on faire valoir que, selon le texte, l'entente « doit faire obstacle à l'abaissement des prix de revient ou de vente ». Seules constitueraient des ententes au sens de l'ordonnance, celles qui ont trait à la vente et accessoirement à la production des biens lorsque ceux-ci sont destinés à la vente. Une telle interprétation ne peut être sérieusement soutenue. D'une part, quand les rédacteurs du texte mentionnent, à côté de l'abaissement des prix, la hausse artificielle, ils ne précisent plus de quels prix il s'agit. Ils visent alors une hausse des prix en général. Or, il est impossible d'admettre que le régime soit différent selon que l'on est en présence d'un obstacle à la baisse ou d'une hausse. D'autre part, la mention du prix de vente s'explique si on la rapproche de celle de prix de revient : celle-ci a une signification très générale. Le

prix de revient se calcule en additionnant les divers coûts inhérents à la production du bien ou à la prestation du service. Il s'oppose au prix tel qu'il est déterminé par les tendances du marché et en ce qui concerne ce dernier, il n'existe pas d'expression générique. Il a paru nécessaire au législateur d'utiliser la notion la plus voisine, celle de prix de vente, qui correspond à la majorité des cas. Le prix de vente signifie ici le prix tel qu'il découle de la tractation commerciale, par opposition au prix de revient.

On est alors tenté de conclure à la généralité d'application de l'article 59 *bis*. Toutes les activités seraient *a priori* susceptibles d'être réglées par une entente et de tomber de ce fait sous le coup des dispositions de l'ordonnance 45-1483. Cette opinion peut encore trouver appui dans l'article 37-3° de la même ordonnance qui constitue le corollaire, en matière pénale, des dispositions des articles 59 *bis* et s. En effet, lorsqu'il s'agit de certains délits, comme par exemple celui du refus de vendre, l'article 37-1°, spécifie qu'ils doivent être le fait de « producteurs, commerçants, industriels ou artisans ». De même, l'article 37-5°, s'applique « à tout vendeur ». En revanche, lorsqu'il s'agit d'autres délits, dont celui d'entente prohibée, le texte n'apporte aucune précision. Il s'agit seulement « du fait de toute personne responsable ». Ainsi, on a pu estimer que la généralité des termes de l'article 59 *bis* est absolue (22).

24. — La vérité nous paraît différente, en raison du contexte dans lequel s'inscrivent les dispositions relatives aux ententes. Le Livre IV de l'ordonnance relative aux prix est intitulé « *Dispositions générales* » et selon l'article 60 qui figure en tête de ce livre, « les dispositions de la présente ordonnance s'appliquent à tous les produits et à tous les services... ». L'article 60 *in fine* et les articles suivants contiennent des précisions particulières quant à certains points d'application de l'ordonnance. C'est donc à l'ensemble de ces textes que l'on doit avoir recours.

Peut-être pourrait-on objecter que les dispositions du Livre IV ne concernent que la législation des prix, *stricto sensu*, le domaine d'application de la taxation et des délits de pratique de prix illicite. On ne devrait attacher aucune signification au fait que la réglementation des ententes est inscrite dans l'ordonnance 45-1483 : celle-ci ne constituerait qu'un cadre purement formel, sans conséquences juridiques. Mais, outre que rien dans le texte n'autorise une telle prise de position, on peut relever que les articles de l'ordonnance qui sont relatifs à la seule taxation des prix indiquent déjà par eux-mêmes qu'il s'agit des prix des produits et des services. Ainsi, les articles 1^{er}, 4, 16 et s., 21 et 36. De sorte que l'article 60 contiendrait une redondance inutile. En revanche, l'existence de cet article s'expli-

(22) PLAISANT et LASSIER, *Les ententes industrielles sous forme de sociétés et d'associations* : J.-Cl. Sociétés, fasc. 178, p. 23, nos 120 et 121; — BARBRY et PLAISANT, *Libre concurrence et ententes industrielles* (Décret du 9 août 1953) : D. 1954, Chr., p. 67.

que si l'on songe que l'ordonnance contient de nombreuses dispositions qui ne relèvent pas directement de la taxation et de ses sanctions. Dès 1945, l'ordonnance du 30 juin — comme sa devancière, la loi du 21 octobre 1940 — contenait des dispositions substantielles sur les délits *assimilés* à la pratique de prix illicites, qui n'avaient qu'un rapport très indirect avec la taxation. Rien ne permet de penser que cette catégorie de dispositions ait jamais échappé à l'application des articles 60 et suivants. Enfin et surtout, il serait faux de penser que l'insertion des articles 59 *bis* et s. dans l'ordonnance relative aux prix relève du pur accident législatif (23). C'est volontairement que le législateur a choisi un tel cadre et il ne pouvait ignorer l'existence des dispositions générales du Livre IV. Il faut donc certainement se référer à ces dernières pour préciser le domaine d'application des articles 59 *bis* et s. Il faut considérer tour à tour le principe que formule l'article 60-I, 1^{er} al., puis les dispositions spéciales qui suivent (V. *Addendum*).

A. — Le principe posé par l'article 60

25. — Selon la première phrase de l'article 60, « Les dispositions de la présente ordonnance s'appliquent à tous les produits et à tous les services... ». Ces expressions sont-elles suffisamment précises pour apporter à l'interprète un élément positif, susceptible de l'aider dans sa tâche ? Il est permis d'en douter. Les deux termes ont un contenu très large. Les produits sont les objets corporels, tels qu'ils résultent de l'activité humaine qui les a créés ou transformés (24). Mais cette transformation doit être entendue largement. Il suffit qu'un certain travail ait été nécessaire pour conférer au produit son utilité, de sorte que pratiquement tous les biens corporels qui croissent naturellement sont des produits. Ainsi, les produits agricoles, les animaux, les matières premières, etc... La définition du service est encore plus vaste. Selon la théorie économique, les services sont des biens immatériels, ils consistent en services rendus, abstraction faite de toute prestation matérielle (25). Il suffit qu'ils correspondent à un besoin humain, qu'ils soient disponibles, et qu'il s'y attache une certaine rareté économique. Les services, au sens économique du terme, consti-

(23) La doctrine est sur ce point unanime. L'insertion des dispositions relatives aux ententes dans la législation sur les prix est, sans doute, critiquable. Elle ne va pas cependant sans comporter des conséquences importantes (TOUTÉE, *Les ententes professionnelles : Etudes et documents du Conseil d'Etat*, Paris, 1960, p. 160 et s.; — BARBY et PLAISANT, op. cit., p. 67; — SOULEAU, *Infractions économiques : J.-Cl. pénal, lois annexes*, fasc. III, p. 12, n° 85; *La réglementation des ententes professionnelles dans le décret-loi du 9 août 1953*. Dr. soc. 1953, 580).

(24) LEVASSEUR, *Le nouveau régime répressif de la réglementation des prix : J.C.P.* 43, I, 370, n° 6; — SOULEAU, *Infractions économiques, précit.*, fasc. II, p. 3, n° 3. — LEBOULEUX et POLLET, *Principes de la réglementation des prix : J.-Cl. administratif*, fasc. 290, n° 12.

(25) BAUDIN, *Traité d'économie politique*, Paris 1957, T. I, p. 115; — J. MARCHAL, *Cours d'économie politique*, Paris, 1957, T. I, p. 437.

tuent donc une catégorie extrêmement large (26). Les soins médicaux, l'enseignement, la défense d'intérêts moraux rentrent dans une telle définition. De leur côté, les commentateurs de la législation des prix aboutissent à une constatation analogue. Selon M. Levasseur, il faut entendre par service « toutes les manifestations de l'activité humaine qui servent à quelqu'un, sont utilisées par lui de manière non gratuite pour en tirer un avantage ou un bénéfice quelconque; ils constituent l'objet d'obligation de faire ou d'opérations juridiques portant sur des biens incorporels » (27). La Cour de cassation a estimé d'ailleurs que, dans les articles 16 et 60 de l'ordonnance 1483, le mot service a un sens très général, qu'il peut s'appliquer en particulier à l'activité professionnelle de l'entrepreneur de travaux et que le prix des matériaux qu'il fournit accessoirement à cette activité est lui-même soumis à la taxation (28). L'article 60-I-c, d'où il ressort que le prix des locations d'immeubles constitue le prix d'un service, vient du reste à l'appui de cette conception. Enfin, l'administration s'est prononcée à plusieurs reprises en faveur de l'interprétation la plus large (29).

Il semblerait donc vain de vouloir rechercher dans l'article 60 la formulation d'un critère assez précis pour être utilisable. En réalité, il faut dépasser cette conclusion et rapprocher les textes des concepts économiques qui leur servent de soutien : on pourra alors, semble-t-il, préciser dans une certaine mesure la portée du principe.

26. — Il est essentiel de noter que les économistes parlent de *biens* et de *services*, alors que les rédacteurs de l'ordonnance utilisent plus précisément l'expression de *produits* et de *services* (30). Cette différence de terminologie permet de mettre en relief deux aspects précis du domaine d'application de l'ordonnance 45-1483, du moins en ce qui concerne notre matière.

En premier lieu, le choix du mot *produit* incite à laisser de côté la considération des choses matérielles comme présentant une utilité, pour ne garder que l'idée du résultat d'une certaine activité. Pour la théorie économique, la production n'est rien d'autre qu'une création d'utilité (31). La même remarque vaut en ce qui concerne les services. De sorte que, lorsque la loi s'adresse non plus à des

(26) D'autant plus, semble-t-il, que tout objet matériel ne vaut que pour les services qu'il est susceptible de rendre. Dès lors, la distinction entre les biens *stricto sensu* et les services n'apparaît pas toujours très nettement. En outre, il est généralement admis aujourd'hui qu'elle offre peu d'intérêt (F. PERROUX : *Rev. de l'économie contemporaine*, sept. 1943, p. 20).

(27) LEVASSEUR, *op. cit.*, n° 19.

(28) Cass. com. 26 nov. 1951 : *J. C. P.* 52, IV, 14; *Bull.* 1951, p. 257.

(29) V. circ. 8 avril 1947.

(30) Cette expression est du reste systématiquement employée tout au long de l'ordonnance, à l'exclusion de celle de biens et services. Ainsi, dans les art. 1; 3, al. 4, al. 2; 16; 17; 18-I et II; 21.

(31) BAUDIN, *Traité*, T. I, p. 438. « ... l'économiste partant du point de vue que tout ce qui satisfait un besoin a de soi une utilité et devient donc une richesse (abstraction faite de son caractère moral ou bienfaisant), conclut que tout acte créateur de richesse est un acte de production. »

biens pour en fixer le prix, mais à des activités qui portent sur ces biens, il faut comprendre qu'il ne s'agit pas de n'importe quelles activités mais d'activités productrices d'utilité. Cette idée prend toute son importance si l'on considère que dans les articles 59 *bis* et s. le législateur a voulu réglementer certaines activités; ce ne sont pas indistinctement toutes celles qui portent sur des biens ou des services, mais celles-là seules qui offrent une utilité certaine et objective pour le consommateur du bien ou le bénéficiaire du service. Cette idée n'est pas sans conséquences, elle permet, en particulier, d'éliminer du champ d'application de nos textes les opérations de pure spéculation, qui ont pour but la seule recherche du profit.

En second lieu, le principe de l'article 60 s'éclaire si l'on songe à l'opposition qui existe entre les biens produits d'une part et les biens de production d'autre part (32). En effet, parmi les biens qui appartiennent à une entreprise, à un moment donné, il se dégage un ensemble — composé des installations, des machines, du stock minimum de matières premières, du fond de roulement, etc... — qui est indispensable au fonctionnement de cette entreprise. Cette masse de biens sert à la production. Or, par le jeu des amortissements, cette masse de biens conserve une certaine permanence : au point de vue comptable, sa valeur monétaire constitue ce que l'on appelle le capital financier de l'entreprise (33). Cette analyse très simple permet de préciser un point : le capital financier, lorsqu'il se concrétise en actions de sociétés ou en obligations, ne saurait être touché par l'ordonnance 45-1483. Certes, lorsqu'elles constituent des valeurs mobilières, ces actions et ces obligations vont circuler, au sens propre du terme. Il n'en reste pas moins vrai qu'elles n'ont de valeur que par le fait qu'elles représentent des biens qui, par définition ne circulent pas. En définitive, il est impossible de soutenir que ces valeurs mobilières constituent des produits. Il est difficile également de soutenir que ces titres qui circulent représentent des services. Dans la mesure où l'actionnaire et l'obligataire sont des bailleurs de fonds, on peut estimer qu'ils rendent un véritable service, mais lorsque le titre émis en contrepartie circule, il se produit une incorporation du service initialement rendu dans le titre. Les valeurs mobilières sont des biens, mais qui ne peuvent être assimilés ni à des produits ni à des services. Le marché des valeurs mobilières réalise un marché à part, qui se superpose au marché des produits et des services; ce marché échappe à l'application de l'ordonnance relative aux prix.

La généralité d'application des articles 59 *bis* et s. est donc moins absolue qu'elle ne paraît au premier abord. Elle souffre un certain nombre de restrictions qui permettent déjà de préciser utile-

(32) Il faut surtout se garder de confondre les produits avec les biens de consommation qui sont des biens « directement utilisables par l'homme ». BAUDIN, *Traité*, T. I, p. 166. Les produits peuvent ne pas être utilisables directement et servir à leur tour de biens de production.

(33) BAUDIN, *Traité*, T. I, p. 482; — J. MARCHAL, *Cours*, T. I, p. 449. Ce dernier auteur emploie plus volontiers l'expression de *capital comptable*.

ment les secteurs de l'activité économique dans lesquels vont se former les ententes. Les personnes qui exercent des activités de pure spéculation ou qui font, habituellement ou non, des opérations sur le marché des valeurs mobilières ne peuvent constituer des ententes au sens de l'article 59 *bis*. Mais, ces limites étant admises, le principe de généralité subsiste; cela signifie que, à l'intérieur du secteur des activités propres aux produits et aux services, tels que nous les avons déterminés, les cas qui échappent à la réglementation des ententes constituent des exceptions.

B. — Les dispositions spéciales de l'article 60

27. — Quelles sont ces dispositions? Elles sont de deux ordres.

En premier lieu, sous les lettres a, b et c du chiffre I, sont visés des produits ou des services auxquels l'ordonnance doit « notamment » s'appliquer et qui dans l'esprit des rédacteurs devaient sans doute constituer des cas incertains. Il s'agit du blé, de la location dans les hôtels de tourisme et des locations « autres que celles portant sur des immeubles et qui ne sont pas régies par des dispositions législatives spéciales ». Par un raisonnement *a contrario*, la plupart des auteurs estiment que les immeubles auxquels s'appliquent le statut du fermage, la loi du 1^{er} septembre 1948 relative aux baux des locaux d'habitation ou à usage professionnel et le décret du 30 septembre 1953 concernant les baux commerciaux, échappent à l'application de l'ordonnance 45-1483 (34).

En second lieu, l'article 60 contient, sous le chiffre II, deux exceptions expresses qui concernent les produits de monopole et divers transports d'intérêt général (35).

Quelle est la portée de telles exceptions? Pour MM. Lebouleux et Pollet, ces dispositions constitueraient des exceptions totales au régime de l'ordonnance 45-1483 (36). Il est permis de douter du bien-fondé d'une telle affirmation. L'ordonnance relative aux prix ne réalise pas uniquement un système de taxation. A côté des procédés qui concernent cette dernière — décrits dans les articles 1 à 15 — et de la décision de blocage des prix — visée à l'article 16 —, l'ordonnance contient de nombreuses autres dispositions. Or, certains produits et services peuvent être soumis à un régime de fixation des prix qui leur soit propre et qui constitue dans cette mesure, mais dans cette mesure seulement, une exception au régime de droit commun. Pour tout ce qui ne concerne pas la fixation des prix, en particulier pour la sanction

(34) LEBOULEUX et POLLET, *op. cit.*, n°s 19 et s.; — SOULEAU, *Infractions économiques, précit.*, fasc. II, n°s 8 et s.; — *D. Rép. droit crim.*, V° Prix, n°s 13 et s. En revanche, les locations en meublé restent entièrement soumises à l'ordonnance 45-1483 (Ord. 58-1008 du 24 oct. 1958, modifiant l'art. 6 de la loi du 2 avril 1949).

(35) Ce sont les chemins de fer d'intérêt général, les voies ferrées d'intérêt local et les services routiers en remplacement desdits transports par fer, toutes les fois que ces services sont soumis au régime de concession du réseau dont ils dépendent.

(36) *Op. cit.*, n°s 18 et s.

des infractions, ces produits et services peuvent demeurer dans le domaine d'application de l'ordonnance. Sous le bénéfice de cette observation, on s'aperçoit alors que l'article 60 ne contient aucune exclusion totale. Les exceptions qu'il ménage expressément concernent non des produits et des services, mais le *prix* ou les *tarifs* de ces produits et de ces services (37). Il s'agit donc d'exceptions que l'on peut qualifier de *partielles*, qui doivent être limitées à leur objet : les procédés de fixation des prix et des tarifs. Pour le reste, l'ordonnance 45-1483 reçoit application.

28. — En dehors de l'article 60, un certain nombre de lois et décrets ont organisé pour des produits et des services particuliers *un régime propre de taxation*.

1° Dans quelques cas, les rédacteurs de la loi ou du décret ont pris soin de préciser que le régime faisait exception à celui de l'ordonnance 45-1483 : il s'agit d'exceptions légales ou réglementaires expresses. C'est le cas des achats et des ventes de véhicules d'occasion, et surtout de l'important secteur des transports publics routiers de marchandises. Mais ici encore, il convient de savoir si la dérogation est totale ou seulement partielle. Dans le cas des achats et des ventes de véhicules d'occasion, la loi du 16 juillet 1947 institue dans son article unique une exception totale, puisqu'elle précise que « les dispositions des ordonnances 45-1483 et 45-1484 du 30 janvier 1945 et des actes réglementaires validés par celles-ci ou pris pour leur exécution cessent de s'appliquer à la vente et à l'achat des véhicules d'occasion ». On ne saurait être plus clair (38).

Dans le cas des transports routiers de marchandises, le décret du 14 novembre 1949 institue lui aussi une exception totale. Cela ressort des termes de l'article 35, 8° alinéa : « Les transports publics routiers de marchandises ne sont pas soumis à la réglementation qui résulte de l'ordonnance du 30 juin 1945 relative aux prix » (39).

(37) ART. 60-I. — « Les dispositions de la présente ordonnance s'appliquent à tous les produits et à tous les services et notamment :

- a) Au prix du blé..
- b) Aux prix dans les établissements classés comme hôtels..
- c) Aux prix des locations... »

ART. 60-II. — « Les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas applicables :

- a) A la nature des décisions relatives aux prix des produits de monopole...
- b) Aux tarifs des chemins de fer... »

(38) V. Cass. crim. 4 déc. 1958 : *D.* 1959, 49, note J. R.; *S.* 1959, 32.

(39) Décret relatif à la coordination et à l'harmonisation des transports ferroviaires et routiers, art. 35.

Telle est en tout cas la solution qu'impose aujourd'hui l'art. 1^{er} du décret 56-1318 du 27 déc. 1956, qui a modifié l'art. 35. Dans sa rédaction originale, le texte prévoyait seulement que les transports publics routiers de marchandises n'étaient pas soumis à la réglementation résultant de « l'ordonnance du 30 juin 1945 sur la fixation des prix ». Il édictait une exception partielle, puisque, dans l'ordonnance relative aux prix, seul le titre I du livre I s'intitule « *De la fixation des prix* ».

2° On songe alors à rechercher l'existence d'exceptions tacites au régime de l'ordonnance relative aux prix.

Des textes postérieurs au 30 juin 1945 ont institué des régimes particuliers de fixation des prix de certains produits ou services, assortis souvent de sanctions spéciales. Mais, à leur propos, le législateur n'a pas précisé si le régime de droit commun devait être écarté. Il y a alors conflit avec ce dernier. On peut se demander si les régimes spéciaux doivent être entendus comme constituant des dérogations tacites au régime général et en cas de réponse affirmative dans quelle mesure. La question intéresse par exemple le secteur des assurances (40), celui des transports fluviaux (41) et celui des transports routiers de voyageurs (42). Elle est aujourd'hui résolue depuis la promulgation de la loi du 4 avril 1947. L'article 10 de cette loi a étendu en effet la notion de pratique de prix illicites telle qu'elle résultait initialement de l'ordonnance relative aux prix : constitue l'infraction, aux termes de cet article, « l'inobservation des tarifs, prix maxima ou minima de tous produits ou services quel que soit le mode légal ou réglementaire de leur fixation ». Le même article prévoit que le délit est constaté, poursuivi et réprimé dans les conditions prévues par l'ordonnance 45-1484. Cela signifie que le régime de ces produits et services constitue toujours une exception partielle, limitée au seul mode de fixation des prix. Pour le reste, sanction de l'inobservation des tarifs et, *a fortiori*, sanction des infractions qui sont assimilées à la pratique de prix illicites, les deux ordonnances de 1945 retrouvent leur pleine vigueur. En conclusion, les produits et les services qui connaissent des modes spéciaux de tarification dérogatoires au droit commun, n'échappent pas à la réglementation des ententes, telle qu'elle résulte des articles 59 *bis* et s. de l'ordonnance 45-1483, sauf volonté expresse du législateur.

C. — Les dispositions spéciales des articles 61 et 62

29. — L'article 62 présente en notre matière une particulière importance. Il dispose en effet que « les dispositions de l'ordonnance 45-1483 du 30 juin 1945 ne s'appliquent pas aux exportations directes ou par commissionnaire vers l'étranger ». Il s'agit donc ici d'une exception totale. Les ententes qui ont pour objet exclusif des opérations d'exportation échappent totalement à l'application des articles 59 *bis* et s. (43).

(40) Ord. 29 sept. 1945, art. 8. .

(41) Décret du 13 oct. 1946, art. 200 (décret portant codification, sous le nom de code des voies navigables et de la navigation intérieure, des textes législatifs concernant les voies navigables et la navigation intérieure).

(42) Décret du 14 nov. 1949, précit., art. 21 : « Les tarifs des services routiers (transport de voyageurs) resteront soumis à l'ordonnance du 30 juin 1945 tant que ne seront pas fixés la tarification de base nationale et le barème national d'adaptation prévus à l'art. 11. » Des arrêtés ont ultérieurement réalisé cette tarification.

(43) La Commission technique des ententes a admis implicitement ce principe, dans son avis « *Fabricants de fûts métalliques* » (Rapp. 1954-59, p. 20).

Cette dérogation est du reste traditionnelle, en matière de réglementation de la concurrence. Elle s'explique d'abord par des motifs de politique économique évidents : le législateur national se soucie peu de protéger le jeu de la concurrence sur le plan international et il cherche surtout à ne pas entraver la liberté d'action de ses nationaux à cet égard. Elle s'explique encore par une règle d'équité très simple : il serait injuste que les entreprises françaises soient soumises, sur les marchés extérieurs, à des règles plus sévères que celles qui sont applicables à leurs concurrents étrangers (44).

L'exception doit cependant être entendue restrictivement. Le droit interne retrouve sa pleine application lorsque l'entente d'exportation affecte la concurrence sur le marché intérieur (45). Il ne faut pas en particulier confondre l'entente internationale, qui peut avoir de graves répercussions sur le marché interne, avec l'entente d'exportation pure, qui reste étrangère à ce marché (46). L'article 61 apporte en outre un certain nombre de précisions, relatives aux opérations d'exportation et d'importation. Aux termes de cette disposition, l'ordonnance 45-1483 s'applique, en particulier, « aux prix des opérations pour les exportations qui ne sont pas destinées à l'étranger » et « aux prix des opérations pour des importations de toutes provenances ». Il faut en conclure, *a fortiori*, que l'ordonnance est applicable à ces opérations dans son ensemble et non pas au seul point de vue de la fixation des prix : l'article 61 ne fait que préciser, dans quelques cas particuliers, l'application du principe posé à l'article 60 (47) (V. *Addendum*).

30. — En définitive, les articles 59 *bis* et s. s'appliquent, en principe, à toutes les opérations qui relèvent de la production des biens corporels et de la prestation des services.

(44) Comp. à cet égard, en droit allemand, le parag. 6-1° GWB : « Le parag. I n'est pas applicable aux accords et décisions visant à assurer et à encourager l'exportation dans la mesure où ceux-ci se limitent à la réglementation de la concurrence sur des marchés auxquels ne s'étend pas le domaine d'application de la présente loi. »

Aux Etats-Unis, la loi Webb-Pomerene du 10 avril 1918 exempte des lois anti-trust les associations ayant pour seul objet le commerce d'exportation.

(45) On ne saurait du reste qualifier une opération d'exportation en se référant seulement à la personnalité du cocontractant. Ainsi, la vente consentie à une société étrangère ou à un commissionnaire exportateur ne réalise pas une exportation si les marchandises vendues n'ont pas quitté le territoire national (Cons. d'Etat 12 mai 1954, *Société J. Pirat* : *Rec.*, p. 265, et 3 juin 1959, *Soc. An. des Tissages Frémeaux* : *Act. jur.* 1959, II, 346).

(46) Aux Etats-Unis, la Cour suprême a précisé que ne bénéficiaient pas de la loi Webb-Pomerene les arrangements ayant pour objet l'exportation, mais qui constituaient une entrave au commerce à l'intérieur des Etats-Unis ou qui faisaient obstacle aux exportations d'un concurrent national (V. en part. les arrêts U.S. *Alkali Export Association v. U.S.* 325 U.S. 196 (S.C. OPPENHEIM, *Federal Antitrust Laws, Cases and Comments*, St. Paul Minn., 1959, p. 1014) et U.S. v. *Minnesota Mining and Manufacturing Co.* 92 F. Supp. 947 (OPPENHEIM, *op. cit.*, p. 988).

(47) On ne peut donc suivre le tribunal de commerce de la Seine qui, dans son jugement du 25 février 1963 (*Journal des agrés*, 1963, p. 195, note E. M.), a estimé que l'article 61 donne une « énumération limitative des opérations entrant dans son champ d'application, laquelle ne comprend pas les frets maritimes relatifs à des transports entre la métropole et les départements d'outre-mer ».

Ils ne s'appliquent pas aux activités de pure spéculation.

Ils ne s'appliquent pas aux opérations réalisées sur le marché des valeurs mobilières.

Ils ne s'appliquent pas aux ententes d'exportation qui n'affectent pas le marché intérieur français.

Les autres exclusions de l'application des articles 59 *bis* et s. ne peuvent résulter que d'un texte légal ou réglementaire. L'existence d'un système spécial de tarification ou de fixation des prix n'entraîne pas automatiquement une telle exclusion.

SECTION II

LES CRITÈRES DU DROIT COMMUNAUTAIRE

31. — Alors que la loi interne se réfère pour son application à l'objet de l'activité des participants à l'entente — marchandises, produits, services —, les Traités semblent au contraire s'appuyer sur la *forme* que revêt cette activité. Ainsi, en des termes semblables les articles 65 CECA et 85 CEE visent des accords entre *entreprises* et des décisions d'associations d'*entreprises*. C'est cette notion qui semble donner ici la mesure de l'application des règles de concurrence en matière d'ententes économiques. Le point de vue paraît différent.

En réalité, ce critère ne saurait suffire à lui seul. On note déjà, par exemple, que l'article 80 CECA renvoie, pour définir l'entreprise, à l'activité qu'elle poursuit. D'autre part, on observe que le régime des ententes économiques ne constitue dans les Traités qu'un élément de la réglementation de la concurrence qui, elle-même, a sa place dans l'organisation d'ensemble du marché commun. Il convient donc de tenir compte, à propos de chacun des Traités CECA et CEE, du domaine d'application du marché commun en général et des règles de concurrence en particulier. Or les diverses dispositions qui, dans les deux Traités, déterminent ce domaine d'application font appel à la notion de *secteur économique* : c'est, sous une forme renouvelée, le critère de l'objet de l'activité qui est repris.

Il faut donc préciser dans un premier temps les secteurs économiques auxquels s'applique la réglementation des ententes, puis dans un deuxième temps, voir quelles répercussions entraîne la notion d'entreprise sur le domaine d'application ainsi défini.

§ 1. — Les secteurs de l'activité économique auxquels s'appliquent les articles 65 CECA et 85 CEE

A. — Dans le Traité instituant la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier

32. — La question ne semble pas souffrir de difficultés, puisque la Communauté est, par nature, limitée aux secteurs économiques du charbon et de l'acier. L'annexe I du Traité, à laquelle renvoie

l'article 81 pour la définition des expressions charbon et acier apporte toute la clarté désirable en donnant une liste de produits qui rentrent sous cette dénomination. La liste comprend en particulier la ferraille et les aciers spéciaux qui font l'objet, par ailleurs, de régimes particuliers contenus dans les annexes II et III : ces régimes particuliers sont sans incidence sur les règles de concurrence.

Cependant toutes les opérations qui ont pour objet le charbon et l'acier ainsi définis ne tombent pas sous le coup de l'article 65. Seules certaines activités sont prises en considération. D'une part, lorsque le Traité s'adresse aux entreprises, il ne s'agit que de celles qui exercent une activité de *production* dans le domaine du charbon et de l'acier. Mais, d'autre part, cette notion de marché commun est exceptionnellement étendue lorsqu'il s'agit de l'application des règles de concurrence. En effet, selon l'article 80, il faut ajouter aux entreprises de production « en ce qui concerne les articles 65 et 66, ainsi que les informations requises pour leur application et les recours formés à leur occasion, les entreprises ou organismes qui exercent habituellement une activité de *distribution* autre que la vente aux consommateurs domestiques ou à l'artisanat ».

La formule appelle deux remarques.

D'abord, des difficultés pourront s'élever lorsqu'il s'agira de déterminer quelles sont les entreprises qui vendent aux consommateurs domestiques ou à l'artisanat. Si la notion de consommateur domestique est claire — elle comprend les personnes qui achètent du charbon ou de l'acier pour toute autre raison que leur activité professionnelle —, celle d'artisanat l'est beaucoup moins, car les critères du droit interne, inscription à un registre des métiers par exemple, sont inutilisables en droit communautaire. Seule une question de grandeur de l'entreprise permet de départager l'établissement industriel de l'établissement artisanal. Force est donc d'abandonner le critère de la destination des livraisons pour celui plus objectif de l'importance des livraisons telles qu'elles sont habituellement effectuées par l'entreprise de distribution (48). C'est une question de quantités.

Ensuite, il faut savoir ce que l'on entend par activité de *distribution*. Au sens strict, il s'agit uniquement d'opérations de vente. Mais, dans un sens large, on pourrait soutenir que des services, tels que le transport ou même l'assurance, concourent à la distribution. Cette interprétation doit être écartée. D'une part, l'extension du domaine d'application des règles du Traité telle qu'elle figure dans l'article 80 est exceptionnelle : il convient de l'interpréter restrictivement. D'autre part, l'article 70 qui concerne le régime des transports en général, nous fournit un indice utile : il dispose dans son cinquième alinéa que les mesures de coordination ou de *concurrence* entre les divers modes de transports restent soumises aux dispositions législatives ou réglementaires de chacun des Etats membres. Il semble que cette règle puisse valoir pour tous les services autres que la vente.

(48) P. REUTER, *La Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier*, Paris, 1953, n° 118.

Seul ce dernier constitue donc, selon nous, une activité de distribution. Mais alors, en ce qui le concerne, l'application des articles 65 et 66 est totale; elle produit tous ses effets.

33. — Cela signifie que l'article 80 étend, vis-à-vis des entreprises de distribution, l'application des articles 65 et 66 à trois points de vue différents.

1° Il se produit une extension du champ d'application des articles 65 et 66 eux-mêmes : le négociant distributeur doit se soumettre aux interdictions que comportent ces articles; il doit se conformer aux décisions que la Haute Autorité peut prendre à son égard sur la base des mêmes articles; il peut former un recours devant la Cour de Justice, dans les termes de l'article 33-2°, contre ces décisions.

2° Il en résulte un accroissement des pouvoirs d'information que l'article 47 confère à la Haute Autorité : celle-ci peut en user à l'égard des entreprises de distribution, pour les faits que visent les articles 65 et 66.

3° Il y a, enfin, élargissement de l'accès à la Cour de Justice. En effet, cet accès se trouve réservé en principe aux entreprises de production. On comprend que les entreprises de distribution puissent exercer un recours en annulation sur la base de l'article 33-2°, contre une décision de la Haute Autorité qui les concerne directement et qui a sa source dans les articles 65 et 66. Mais la Cour de Justice est allée plus loin : elle a estimé que le même recours était ouvert, bien que la décision fût prise à l'égard d'autres entreprises de production ou de distribution. Elle a jugé, en particulier, qu'il n'était pas nécessaire qu'un négociant en gros soit partie à une entente, au sens de l'article 65, pour qu'il puisse former un recours en annulation de la décision par laquelle la Haute Autorité avait autorisé cette entente :

« Attendu, dit la Cour, que les termes de l'art. 80 visant les recours formés à l'occasion des art. 65 et 66 se rapportent non seulement à ceux basés sur l'application directe des art. 65 et 66 aux distributeurs du chef d'ententes ou de concentrations, mais qu'ils se réfèrent aussi aux cas où, comme en l'espèce, une application de ces articles affecte les intérêts des distributeurs » (49).

Ce large accès à la Cour de Justice apparaît donc, pour les entreprises de distribution, comme le corollaire de l'extension à leur égard des articles 65 et 66 du Traité CECA.

En définitive, on ne saurait nier que le domaine d'application du Traité CECA, en ce qui concerne les ententes économiques, reste limité par des frontières assez étroites : au moins sont-elles précises. Il n'en va pas de même en ce qui concerne les règles du Traité CEE.

(49) Cour de Justice des Communautés, affaire 18-57, Firma J. Nold K.G. c. H.A., ord. du Président du 4 déc. 1957 : *Rec.*, vol. III, p. 233 et s. Dans son arrêt définitif du 20 mars 1959 (*Rec.*, vol. V, p. 89), la Cour admet implicitement le même raisonnement : bien que la firme ne fût pas membre de l'entente autorisée, la décision d'autorisation prise par la Haute Autorité avait à son égard la qualité de décision individuelle la concernant.

B. — Dans le Traité instituant la Communauté Economique Européenne

Il convient de distinguer le champ d'application du Traité et, à l'intérieur de celui-ci, le champ d'application des règles de concurrence.

1° Le champ d'application du Traité CEE

34. — Le marché commun se rattache au mouvement d'intégration des économies européennes qui a pris naissance avec la CECA. Mais à la différence de son devancier, le Traité CEE n'est pas limité, quant à son application, à certains secteurs de l'économie seulement. L'intégration dite « par secteurs » qui avait été évoquée surtout du côté français ne fut pas retenue; dans leur mémorandum du 20 mai 1955, les pays du Benelux qui prenaient l'initiative de la « relance européenne », n'envisageaient l'effort d'unification que par la voie d'une intégration économique générale (50). Les négociations ultérieures eurent lieu sur la base de ce programme.

35. — Le Traité CEE s'applique donc d'une manière générale à tous les secteurs de l'économie. Bien que le principe ne soit nulle part expressément formulé, il se déduit de plusieurs dispositions du Traité.

Dans le Préambule déjà, les Hautes Parties Contractantes se reconnaissent « soucieuses de renforcer l'unité de leurs économies et d'en assurer le développement harmonieux » et « résolues à affermir, par la constitution de cet ensemble de ressources, les sauvegardes de la paix et de la liberté... ». Un examen de l'article 3 montre plus clairement que le marché commun embrasse les trois grands secteurs économiques de la circulation des marchandises, des services et des capitaux. Or, à propos des marchandises, l'article 9-1° stipule que « la Communauté est fondée sur une union douanière qui s'étend à l'ensemble des échanges de marchandises... »; à propos des services, l'article 59 porte également que « les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté sont progressivement supprimées au cours de la période de transition » et l'article 60 donne des services la définition la plus extensive en considérant comme tels toutes les prestations fournies normalement contre rémunération « dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes ». Enfin, à propos des capitaux, l'article 67 vise d'une manière très générale leur libre circulation (51).

Il se dégage de ces divers textes un principe : celui de la géné-

(50) P. REUTER, *Aspects de la Communauté Economique Européenne* : *Rev. du M.C.*, 1958, p. 7.

(51) Seul l'art. 68, 3° al., introduit une distinction entre les capitaux au sens général, et les emprunts qui sont destinés à financer directement ou indirectement un Etat membre ou ses collectivités publiques territoriales.. les seconds reçoivent en effet un statut spécial.

ralité d'application du Traité à l'ensemble des secteurs économiques (52). Cependant, ce principe reçoit trois exceptions.

36. — En premier lieu, l'article 232 ménage l'application privative des règles du Traité CECA. Ainsi, les entreprises de production de charbon et d'acier échappent totalement à l'application du Traité CEE; de même les entreprises de distribution du charbon ou de l'acier dans la mesure où elles sont soumises aux articles 65 et 66 CECA. En somme, les normes juridiques posées par les deux Traités ne se superposent pas, elles s'excluent réciproquement. Les problèmes de frontières seront, semble-t-il, facilement résolus par suite de la précision qui entoure l'application du Traité CECA.

En deuxième lieu, selon l'article 232-2°, les dispositions du Traité CEE ne dérogent pas aux stipulations du Traité instituant la Communauté Européenne de l'Energie Atomique. En particulier, le Chapitre IX du Traité EURATOM porte création d'un marché commun nucléaire qui s'applique aux biens limitativement énumérés dans l'Annexe IV du Traité : ce marché commun qui est doté de règles propres ne saurait être également soumis à celles du Traité CEE. Les deux régimes sont exclusifs l'un de l'autre.

Enfin, l'article 223 CEE ménage une exception de moindre importance. Selon l'alinéa 1-b : « Tout Etat membre peut prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre; ces mesures ne doivent pas altérer les conditions de la concurrence dans le marché commun en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires ». Il s'agit donc ici d'une exception potentielle : les Etats peuvent soustraire au domaine d'application du Traité le secteur des produits destinés à des fins militaires, et cela dans la mesure qui leur convient. Il faudra donc, en cas de difficultés, considérer chacune de ces réglementations unilatérales pour savoir dans quelle mesure elle emporte une dérogation au principe général que nous avons défini.

2° *Le champ d'application des règles de concurrence*

37. — Ayant ainsi déterminé le champ d'application du Traité, il convient d'examiner si les règles de concurrence qui sont posées dans les articles 85 et s. le concernent intégralement ou si leur application ne doit pas recevoir certaines restrictions. Autrement dit, tous les secteurs économiques qui tombent sous le coup des règles du Traité en général, tombent-ils également sous le coup des règles de concurrence ? Le chapitre qui est consacré à ces dernières ne contient qu'une précision à ce sujet : selon l'article 87-2-c, il appartient au Conseil, sur proposition de la Commission et après consultation de l'Assemblée, et dans le cadre du règlement d'application qui doit inter-

(52) En ce sens, P. REUTER, *Aspects de la CEE*, précit., p. 10, qui utilise l'expression d' « universalité du Traité ».

venir à propos des articles 85 et 86, « de préciser, le cas échéant, dans les diverses branches économiques, le champ d'application des dispositions des articles 85 et 86 ». Ce texte qui renvoie à des règlements à venir n'est d'aucune utilité pour répondre à la question posée (53). Cependant, il met l'accent sur un point : les articles 85 et 86 possèdent à l'intérieur du marché commun un champ d'application qui leur est propre.

Mais quelle est, en dehors de là, la signification de l'article 87-2-c ? Le rôle des organes de la Communauté se réduit-il à résoudre les difficultés d'interprétation des principes qui sont posés dans le Traité ? Ou bien ces mêmes organes reçoivent-ils le pouvoir pratiquement discrétionnaire de soustraire certaines branches économiques à l'application des articles 85 et 86 ? A ce sujet, le sens de l'expression « le cas échéant » est des plus ambigus. Faut-il entendre que les rédacteurs du Traité étaient conscients des obscurités qui avaient pu subsister dans le texte, et qu'ils s'en remettaient au Conseil, à la Commission et à l'Assemblée pour les rechercher et les éliminer, ou bien qu'ils laissaient à ceux-ci la liberté de réduire un champ d'application trop largement envisagé ? Il semble que l'on doive se rallier à une conception intermédiaire. D'une part, les principes posés par le Traité en cette matière sont trop généraux pour qu'un travail de simple interprétation suffise. Le Conseil devra forcément, s'il veut aboutir à une précision satisfaisante, créer de véritables règles matérielles nouvelles. Mais, d'autre part, il devra se conformer aux dispositions du Traité :

(53) En application de l'art. 87, le Conseil des ministres de la CEE a adopté, le 6 février 1962 (*J. O.* 1962, p. 204), sur proposition de la Commission et après avis de l'Assemblée parlementaire et du Comité économique et social, le premier règlement d'application des art. 85 et 86 (Règlement n° 17). Le texte ne comporte aucune précision sur le champ d'application, dans les diverses branches économiques, de ces deux articles.

Dans son rapport à l'Assemblée parlementaire européenne, rapport fait au nom de la commission du marché intérieur, M. DERINGER avait regretté l'absence dans le projet de règlement des dispositions touchant les domaines d'exception (Assemblée parlementaire européenne, *Documents de séance*, 7 sept. 1961, document n° 57). La commission de l'agriculture avait estimé que la question devait être traitée dans le règlement d'application à prendre en vertu de l'art. 42 (document précit., p. 33 et 34). La commission du transport estimait pour sa part « qu'il est opportun de différer l'application aux transports des art. 85 et 86 jusqu'au moment où sera définie, d'une façon précise et formelle, la politique commune visée à l'art. 74 du Traité de Rome : c'est en la définissant que l'on devra régler les problèmes particuliers de concurrence et d'entente entre transporteurs ». Quant aux autres domaines, selon M. Deringer, « l'évolution ultérieure et les expériences qui en découlent permettront de les délimiter, encore que cela ne laisse pas d'être problématique tout au moins en ce qui concerne les domaines de la politique énergétique et ceux des assurances et du crédit. Ce sont en effet, comme le prouve l'expérience de la législation allemande, précisément ces domaines qui présentent de nombreuses situations de fait qui devraient pouvoir bénéficier d'une exemption des dispositions de l'art. 85... les situations exceptionnelles seraient plus facilement identifiables si la Commission disposait d'un inventaire général qui lui donnerait une vue d'ensemble de ce qui, en ces domaines, existe réellement en matière d'ententes internationales... » De sorte que la complexité de la tâche rendait malaisée l'insertion de dispositions satisfaisantes dans le projet de règlement. C'est à cet avis que s'est finalement rangée l'Assemblée en émettant le vœu que la Commission de la CEE présente, dans le délai d'un an à compter de la date d'entrée en vigueur du premier règlement, des propositions de réglementations particulières concernant certaines branches de l'économie.

il doit préciser, mais ne peut modifier. En effet, les règlements pris par le Conseil dans le cadre de l'article 87 le sont « en vue de l'application des principes figurant aux articles 85 et 86 ». Le premier de ces principes est justement celui d'une application générale des deux textes. Accorder plus de pouvoirs au Conseil, serait introduire par ce biais une véritable procédure de révision et l'on ne saurait l'admettre.

Ce qu'il faut voir, c'est qu'il existe des secteurs de l'économie qui, par suite de la réglementation qu'ils connaissent en droit interne — et l'on peut admettre que dans bien des cas les six pays membres présentent sous ce rapport des aspects identiques — excluent, pour des raisons techniques, la possibilité d'application de règles de concurrence (54). Il y a incompatibilité. Il ne pouvait être question pour les rédacteurs du Traité d'étudier et de faire passer dans les textes ces exceptions qui résultent de régimes juridiques complexes. C'est au contraire un travail à la mesure des organes de la Communauté. Déterminer les branches économiques dans lesquelles l'application des règles de concurrence est par nature impossible, voilà la signification de la tâche qui est visée à l'article 87-2-c. Il est par exemple fort possible que les règles de concurrence n'aient aucune signification à l'égard de secteurs tels que ceux de la banque ou de l'assurance, auquel cas il convient de soustraire formellement ces secteurs à l'application des articles 85 et 86 (55). Mais seule une étude approfondie

(54) La situation est différente, remarquons-le, de celle qui est visée à l'art. 101. Ce dernier prévoit une atteinte aux conditions de la concurrence par le fait des disparités entre les législations des Etats membres. Il ne s'agit plus de l'exclusion des règles de concurrence, mais de la situation privilégiée d'entreprises nationales par rapport à leurs concurrentes étrangères à la suite de disparités de législations.

(55) Les législations étrangères anti-trust connaissent des exceptions importantes à leur application. En Allemagne, le caractère très détaillé des dispositions de la GWB a permis de prévoir expressément un certain nombre d'exceptions dans le cadre même de la loi. Le chapitre V (« Anwendungsbereich des Gesetzes ») est consacré à ces exceptions qui concernent essentiellement les entreprises publiques, les transports, l'agriculture, le secteur du crédit et de l'assurance et celui de l'énergie. Ces exceptions s'expliquent par les conditions économiques particulières à ces secteurs (LANGEN, *Kommentar* précit., p. 412, n° 1; MÜLLER-HENNEBERG et SCHWARTZ, *Kommentar* précit., p. 896, 910), ou encore par le fait qu'ils sont organisés par des lois particulières (LANGEN, *Kommentar* précit., p. 421, n° 2; MÜLLER-HENNEBERG et SCHWARTZ, *Kommentar* précit., p. 934). Mais il n'a pas été possible de formuler des exceptions de principe qui soient totales : la clause d'exemption générale qui avait été proposée au cours des débats parlementaires au profit des secteurs régis par des lois spéciales n'a pas été retenue et on lui a préféré un système de dispositions particulières et détaillées qui fait place à des dérogations plus ou moins larges. Ainsi, le parag. 101 GWB formule une exception totale à l'égard des banques et des établissements de crédit. Mais dans le parag. 99 qui concerne les postes, les chemins de fer fédéraux et les transports publics, l'exception ne vise que les accords qui résultent de lois ou de règlements. De même, le parag. 101-2° édicte à l'égard des monopoles fiscaux une exception qui vaut dans la seule mesure où des textes spéciaux sont applicables. Dans le secteur de la navigation maritime et intérieure et dans celui de la navigation aérienne, le parag. 99-2° introduit une exception qui est limitée à l'application de certaines dispositions de la loi seulement, les parag. 1 et 15 à 18. Dans l'agriculture, le parag. 100 ne vise que les coopératives et certaines formes d'exploitation. Il faut donc très souvent, en pratique, faire appel aux réglementations spéciales pour trancher les problèmes d'application de la loi. Comme il existe dans certaines branches de l'économie des systèmes spéciaux de contrôle de l'activité, le parag. 102 s'efforce de régler les conflits qui pourraient

des conditions juridiques qui, dans les divers pays membres, régissent l'organisation de ces secteurs peut motiver une telle décision (56).

En outre, il ressort du Traité lui-même que seul le Conseil, statuant selon les procédures prévues, est compétent pour limiter ainsi le champ d'application des règles de concurrence. En l'absence d'un texte formel, il n'appartiendrait ni à la Cour de Justice, ni à la Commission, ni aux autorités nationales d'écarter l'application des articles 85 et s.

A l'heure actuelle, deux secteurs, celui de l'agriculture et celui des transports, font l'objet de dispositions spéciales. Celles-ci résultent soit du Traité lui-même, soit de règlements pris par le Conseil.

38. — L'agriculture est l'objet au sein du Traité d'un ensemble de règles spéciales. Le Titre II de la Deuxième Partie lui est entièrement consacré. Les négociateurs ont en effet reconnu qu'elle constituait un secteur économique original (57). D'une part, l'article 39 assigne à la politique commune en cette matière des buts qui lui sont propres; d'autre part, si l'article 38, alinéa 2, pose en principe que les règles prévues pour l'établissement du marché commun sont applicables aux produits agricoles, les articles 39 à 46 apportent à ce principe des exceptions nombreuses qui constituent en réalité à elles seules un régime cohérent, dérogoire du droit commun du Traité. En effet, la plupart des règles relatives à la création du marché commun sont

naître entre l'autorité de cartel, le Bundeskartellamt, et les organes spécialisés. Sur tous ces points, v. LANGEN, *Kommentar* précit., p. 403 et s.; MÜLLER-HENNEBERG et SCHWARTZ, *Kommentar* précit., p. 883 et s., et les nombreuses références citées par ces auteurs. Sur les problèmes qui se sont posés au Bundeskartellamt sur ce point, v. *Berichte des Bundeskartellamtes* 1958-59-60, Düsseldorf, 1961, p. 64 et s., 130 et s., 304 et s.

Aux U.S.A., il est maintenant reconnu qu'il existe de nombreuses branches de la vie économique dans lesquelles la concurrence ne peut pas constituer le principe dominant. Ainsi, les rapports du travail, les transports, l'agriculture, les assurances, le commerce extérieur. Mais ces exceptions doivent résulter d'un texte précis et les tribunaux interprètent restrictivement les dispositions légales (V. KRONSTEIN, MILLER, SCHWARTZ, *Modern American Antitrust Law*, p. 203, « Regulated industries and the antitrust laws », à propos des banques, de l'industrie du pétrole et de l'énergie atomique. Les dispositions antitrust peuvent alors recevoir application dans une certaine mesure. V. également, TIMBERG, in *Antitrust Laws* de W. Fridman, Toronto, 1956, p. 441 et s. « *Legislative Retreats from the Competitive Ideal* »). En fait, il existe un grand nombre de lois particulières qui instituent des restrictions au droit commun antitrust et introduisent des contrôles spéciaux dans certaines branches de l'économie. Mais l'ensemble de cette législation ne présente aucune uniformité, car tous les secteurs en question ne sont pas totalement exemptés ni exemptés de la même manière (V. p. ex., en matière de transports, Interstate Commerce Act de 1887, 24 Stat. 380, amendé, Transportation Act de 1920, 41 Stat. 457, Reed Bulwinkle Act de 1948, 62 Stat. 472, Civil Aeronautics Act de 1938, 52 Stat. 973, Federal Communications Act de 1934, 48 Stat. 1087. En matière de crédit, Federal Reserve Act de 1913, 38 Stat. 251, Banking Act de 1933, 48 Stat. 162 et 1935, 49 Stat. 684. En matière d'énergie électrique, Federal Water Power Act de 1920, Stat. 41-1063. En matière d'agriculture, Capper Volstead Act de 1922, 42 Stat. 388, Cooperative Marketing Act de 1926, Stat. 802).

(56) Sur les problèmes que soulève le secteur de l'énergie, V. G. MALZER, *EWG-Kartellrecht und Energieversorgung* : *WuW* 1963, 203. — H. FISCHERHOF : *BB* 1962, 783.

(57) V. sur ce point E. GÜNTHER, *Die Regelung des Wettbewerbs im Vertrag zur Gründung der EWG* : *WuW*, 1957, 290.

soit totalement écartées, soit reproduites sous une forme modifiée, soit applicables à certains secteurs agricoles seulement. En ce qui concerne les règles de concurrence, l'article 42 stipule que « les dispositions du chapitre relatif aux règles de concurrence ne sont applicables à la production et au commerce des produits agricoles que dans la mesure déterminée par le Conseil, dans le cadre des dispositions et conformément à la procédure prévue à l'article 43, paragraphes 2 et 3, compte tenu des objectifs énoncés à l'article 39 ».

La procédure qui est réglée à l'article 43 est totalement différente de celle qui est visée à l'article 87-2-c. Cette indépendance s'explique, lorsque l'on songe que l'application des règles de concurrence au secteur de l'agriculture devait être conçue en harmonie avec les règlements prévus pour la mise en œuvre de la politique agricole commune. Ces divers règlements ont été adoptés au début de l'année 1962 et sont entrés en vigueur le 31 juillet 1962; il devenait alors possible au Conseil de prendre le règlement prévu à l'article 42. Celui-ci a vu le jour le 4 avril 1962 et il est entré en vigueur le 10 mai suivant (58). Jusque-là, le secteur de l'agriculture — dont les produits sont énumérés à l'Annexe II du Traité — s'est trouvé totalement soustrait à l'application de l'article 85.

Le Conseil n'a pas suivi la voie qui aurait consisté à opérer des distinctions entre les diverses branches du secteur agricole et à ne soumettre que certaines d'entre elles aux règles de concurrence. Il n'a pas non plus opéré de distinction entre les diverses règles de concurrence pour écarter l'application de certaines d'entre elles au marché agricole. Il a finalement adopté une attitude plus rigoureuse. Selon l'article 1^{er} du règlement n° 26 :

« A partir de l'entrée en vigueur du présent règlement, les art. 85 à 90 inclus du traité ainsi que les dispositions prises pour leur application s'appliquent à tous accords, décisions et pratiques visés à l'art. 85, parag. 1, et à l'art. 86 du traité et relatifs à la production et au commerce des produits énumérés à l'annexe II du traité, sous réserve des dispositions de l'article 2. »

Il en résulte que les *ententes qui se forment dans le domaine de l'agriculture tombent désormais sous le coup de l'article 85*. Seulement, en ce qui concerne certaines d'entre elles, l'application de l'interdiction portée par l'article 85 se trouve assouplie. Elles pourront être autorisées par la Commission, d'une façon beaucoup plus large que les ententes soumises au régime ordinaire.

— Les ententes qui bénéficient du régime de faveur sont celles, soit qui font partie d'une organisation nationale de marché — et l'article 2 du règlement n° 26 cite en particulier celles dont les membres sont des exploitants agricoles ou des associations d'exploitants qui ressortissent à un seul Etat membre, catégorie qui comprend les

(58) Règlement n° 26, portant application de certaines règles de concurrence à la production et au commerce des produits agricoles : *J. O.* 1962, p. 993/62. On ne manquera pas de remarquer la très proche parenté de l'art. 2 de ce règlement avec le parag. 100-1° G.W.B.

coopératives agricoles — soit qui sont nécessaires à la réalisation des objectifs énoncés par l'article 39 CEE (59).

— Toutes les autres sont astreintes au régime de droit commun.

En définitive, le règlement ne consacre pas une véritable exclusion, même partielle, des règles de concurrence au profit du secteur de l'agriculture. Il ne prévoit qu'un assouplissement du régime de certaines ententes qui se forment dans ce secteur. En dehors de là, toutes les règles communautaires relatives aux ententes reçoivent désormais application. C'est, dans une très large mesure, un retour au droit commun (60).

39. — En ce qui concerne le secteur des transports, il faut pareillement distinguer les principes issus du Traité, d'une part, et l'assouplissement apporté par le règlement n° 141, d'autre part.

a) On remarque d'abord qu'aucune disposition du Titre IV du Traité n'exclut les transports du champ d'application des règles de concurrence. Mais on a fait valoir qu'ils occupent une place à part dans l'ensemble du Traité : leur régime fait l'objet d'une réglementation spéciale, contenue dans les articles 74 à 84, et cela implique que les rédacteurs ont entendu les faire échapper à la réglementation générale (61).

A la vérité, les choses ne sont pas si simples. On ne peut pas dire que le Titre consacré aux transports forme un tout cohérent qui puisse être appliqué dans l'ignorance des autres dispositions du Traité. Sans doute, certains articles reprennent-ils à l'égard des transports des règles déjà formulées à propos des autres secteurs économiques; ainsi, l'article 76 reprend le principe contenu dans les articles 12 et 31 en ce qui concerne les marchandises et dans l'article 62 en ce qui concerne les services. Une telle méthode laisse penser à l'autonomie

(59) V. R. MALEZIEUX, *Les groupements de producteurs et les comités économiques agricoles* : J.C.P. 63, I, 1750.

(60) Après bien des hésitations, les rédacteurs de la loi allemande ont finalement renoncé à introduire une exclusion de principe portant sur le secteur agricole. V. le parag. 100 GWB (Le parag. 1, qui formule un principe d'interdiction à l'égard des ententes, ne trouve aucune application à l'égard des accords et des décisions d'exploitations, d'associations d'exploitations et d'associations de syndicats de producteurs, dans la mesure où, sans fixation de prix, ils concernent la production ou la circulation de produits agricoles ou l'utilisation de règlements collectifs en vue du stockage, du conditionnement ou de la transformation de produits agricoles...). Cette disposition n'aboutit pas à une véritable exclusion du secteur de l'agriculture, puisque, d'une part, les accords de fixation de prix ne bénéficient pas de l'exemption et que, d'autre part, d'une manière plus générale, il résulte de la suite du parag. 100 que les accords et décisions exemptés ne doivent pas exclure la concurrence. Sur tous ces points, v. LANGEN, *Kommentar zum Kartellgesetz*, 3^e édit. Berlin, Darmstadt, Neuwied am Rhein, 1958, p. 414 et s.; — MÜLLER, HENNEBERG et SCHWARTZ, *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar*, Cologne, Berlin, 1958, p. 907 et s.

(61) Dans ce sens, WOHLFARTH, EVERLING, GLAESNER, SPRUNG, *Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, Kommentar zum Vertrag*, Berlin, Francfort, 1960, p. 239, 6° : « Weiter gilt der Abschnitt nicht für den Verkehr (vgl. parag. 99 GWB), weil dieser ausschliesslich nach den Bestimmungen des Kapitels Verkehr geregelt wird » (En outre, le chapitre sur les règles de concurrence — ne vaut pas à l'égard du transport (cf. parag. 99 GWB), car celui-ci est exclusivement réglementé par les dispositions du chapitre relatif aux transports).

des règles applicables aux transports. Mais la remarque est loin de valoir pour toutes les dispositions du Titre IV. L'article 77 déjà renvoie implicitement à l'article 92 : il apparaît comme une dérogation partielle, en faveur des transports ou de « certaines servitudes inhérentes à la notion de service public », dérogation au principe général de l'interdiction des aides accordées par les Etats qui est contenue dans l'article 92. Dans le même ordre d'idées, l'article 79 qui traite des discriminations en matière de transports n'est que l'adaptation du principe général formulé par l'article 7, principe qui, selon le même article, joue « sans préjudice des dispositions particulières » que prévoit le Traité. De sorte qu'il apparaît clairement que l'on ne saurait, sous peine de trahir l'esprit du Traité, isoler la réglementation particulière aux transports de l'ensemble des textes qui organisent le marché commun. En l'absence de clause expresse, il est impossible d'écarter *a priori* le jeu des règles de concurrence.

Cette thèse trouve un appui supplémentaire dans l'article 80. En premier lieu, cet article distingue entre les tarifs dits de *concurrence* et ceux qui comportent « un élément de soutien ou de protection dans l'intérêt d'une ou plusieurs entreprises ou industries particulières » : les premiers ont pour but de détourner une partie du flux de marchandises d'un moyen de transport vers un autre, ils sont conçus non dans l'intérêt direct de l'utilisateur mais dans celui du transporteur. Il est difficile de penser que, en ce qui les concerne, les règles de concurrence ne doivent pas au moins recevoir application, même d'une manière limitée. En second lieu, selon l'article 80, 1^{er} alinéa, les tarifs de soutien sont marqués d'un caractère exceptionnel : ils doivent, en principe, disparaître au cours de l'élaboration du marché commun et au profit des tarifs de concurrence. En outre, lorsqu'il s'agit de les maintenir à cause de certains impératifs économiques irréductibles, la Commission doit, selon l'article 80, 2^e alinéa, avant de donner son autorisation, prendre en considération les effets qu'entraînent de tels tarifs sur la concurrence entre les modes de transport. Il en résulte que, aux yeux des rédacteurs du Traité, la concurrence entre les modes de transport apparaît comme un but à atteindre dans la construction du marché commun. On remarquera enfin que l'article 90, 2^e alinéa, prévoit que « les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général » sont soumises aux règles du Traité, notamment aux règles de concurrence. Or, ne peut-on pas considérer que lorsqu'un Etat impose à une entreprise de transport des tarifs de soutien, cette entreprise sert l'intérêt économique général, même si à première vue certains bénéficiaires du transport seulement profitent du tarif de soutien ?

L'article 85 doit donc, en principe, et sauf dérogations exceptionnelles, être considéré comme applicable aux transports. Mais il est évident qu'un effort d'adaptation des règles de droit commun est nécessaire. C'est sous cet angle que doivent être vues les dispositions du Titre IV ; elles posent les premiers jalons de ce travail d'adaptation. C'est au Conseil, statuant sur proposition de la Commission

et après consultation du Comité économique et social et de l'Assemblée, qu'il incombe de le parfaire.

b) Le 26 novembre 1962 le Conseil a adopté le règlement n° 141 qui stipule l'inapplicabilité du règlement n° 17 au secteur des Transports (62).

Selon l'article premier, « Le règlement n° 17 n'est pas appliqué aux accords, décisions et pratiques concertées dans le secteur des transports qui ont pour objet ou pour effet la fixation des prix et conditions de transport, la limitation ou le contrôle de l'offre de transport ou la répartition des marchés de transport, non plus qu'aux positions dominantes, au sens de l'article 86 du Traité, sur le marché des transports ».

Il semble ressortir du texte que toutes les ententes intéressant le secteur des transports ne bénéficient pas, *ipso facto*, de la dérogation. En pratique, cependant, il est clair que la disposition vise toutes les ententes concernant, selon les termes mêmes employés dans les motifs du règlement, « directement la prestation du service des transports ».

En ce qui concerne les transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, la dérogation doit expirer le 31 décembre 1965. En revanche, aucun terme n'est stipulé à l'égard de la navigation maritime ou aérienne.

Le règlement n° 141 laisse donc entier le problème de l'application des articles 85 et s. aux ententes relatives au transport. Il est certes important, car ces ententes vont échapper aux systèmes de contrôle de droit commun mis sur pied par le Conseil, en application de l'article 87 du Traité. Mais en principe, l'article 85 leur reste applicable selon les modalités que prévoient les articles 88 et 89 pour la période transitoire. Actuellement, on peut dire que les ententes relatives au transport sont soumises au régime que connaissaient toutes les ententes, en général, avant l'entrée en vigueur du règlement n° 17 (63). Enfin, le règlement n° 141 laisse présager une réglementation future de la concurrence dans le secteur des transports (64).

40. — On constate, en définitive, que la frontière entre les secteurs économiques qui sont soumis à la réglementation des ententes et ceux qui en sont exclus est marquée d'une part d'indétermination.

— L'application des articles 85 et s. constitue la règle en ce qui concerne tous les secteurs de l'activité économique.

— Il existe un nombre limité d'exceptions expressément ménagées par le Traité.

(62) J.O. 1962, p. 2751.

(63) Sur ce régime, V. *infra*, n° 280.

(64) Art. 2 du règlement n° 141 : « Le Conseil, compte tenu des mesures qui pourront être prises dans le cadre de la politique commune des transports, arrêtera des dispositions appropriées pour l'application de règles de concurrence dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable. A cet effet, la Commission présentera des propositions au Conseil avant le 30 juin 1964. »

— Certains secteurs se trouvent dans une situation intermédiaire : n'étant pas formellement exclus du domaine d'application, il faut leur appliquer le principe; mais ce sera sous bénéfice d'inventaire. Le Traité ménage la possibilité d'autres exceptions que celles qui sont expressément prévues. Il existe une catégorie d'exceptions virtuelles à déterminer, à partir des directives du Traité. C'est au premier chef au Conseil, suivant les procédures prévues, qu'il appartient de préciser quels sont les secteurs de l'économie auxquels la réglementation des ententes ne peut pas s'appliquer. C'est donc peu à peu, par le jeu des règlements d'application et de la jurisprudence que l'indétermination sera levée et qu'il apparaîtra que certains secteurs doivent être écartés du champ d'application de l'article 85.

Il ne s'agit là que de problèmes de frontière et il faut souligner que, en fait, la grande majorité des activités économiques tombe sous l'application des règles relatives aux ententes. Mais alors, suffit-il qu'une entente concerne de telles activités pour que l'article 85 soit susceptible de s'appliquer? La condition, si elle est nécessaire, n'est pas suffisante. En effet, aux termes des articles 65 CECA et 85 CEE, les ententes à considérer sont celles qui unissent des *entreprises*. Cette notion va exercer certaines incidences sur l'application de ces articles.

§ 2. — La notion d'entreprise

41. — Les articles 65 CECA et 85 CEE présentent à ce sujet une analogie de rédaction tout à fait remarquable :

ART. 65 CECA. — « Sont interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui... »

ART. 85 CEE. — « Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui... »

Il semblerait donc, à lire les deux textes, que l'interdiction concerne d'une part les accords et décisions dans la mesure seulement où ces actes sont l'œuvre d'entreprises et d'associations d'entreprises et, d'autre part, les pratiques concertées qui peuvent être le fait non seulement d'entreprises mais d'une manière plus générale de toute personne dotée d'un pouvoir de décision juridique ou technique. Il faudrait distinguer et la restriction qui résulte du terme entreprise ne s'appliquerait qu'aux accords et décisions d'associations.

Cet argument, au reste purement grammatical, semble peu convainquant. On s'explique mal la nécessité et l'origine d'une telle distinction. Pourquoi les pratiques concertées seraient-elles plus largement visées par les textes que des accords qui peuvent conduire aux mêmes effets? On n'en voit pas la raison. Il faut admettre au contraire que la notion d'entreprise est commune aux trois catégories d'actes ou d'activités visées par les textes. Si les rédacteurs n'ont pas cru bon de préciser qu'il s'agissait des pratiques concertées qui sont le fait d'entreprises, c'est parce que cette précision était inutile : seules des entre-

prises peuvent exercer ces pratiques. Il y a en effet une différence essentielle entre l'*accord* ou la *décision* qui sont des actes juridiques et la *pratique* qui est une activité, une utilisation de moyens économiques. Toute personne juridique peut passer un accord ou faire partie d'une association. Comme la signification du terme entreprise est plus étroite que celle de personne juridique, l'expression accord entre entreprises apporte alors une précision utile. Mais la personnalité juridique ne suffit plus lorsqu'il s'agit de passer à l'action, de mener une activité : il faut en avoir les moyens et puisque d'après le contexte ces moyens sont essentiellement techniques et économiques, cette activité provient d'une entreprise.

En outre, des arguments de texte viennent à l'appui de cette explication. L'article 65, 5° CEEA prévoit les sanctions que la Haute Autorité peut prononcer à l'encontre de ceux qui contreviennent aux interdictions prononcées au 1^{er} alinéa. Une simple lecture montre que la Haute Autorité peut prononcer ces sanctions contre les entreprises qui auraient conclu un accord ou une décision, ou « qui se livreraient à des pratiques contraires aux dispositions du paragraphe 1° ». Il faut en déduire que ce sont seulement les entreprises qui peuvent se livrer aux pratiques concertées car on ne comprendrait pas pourquoi seules les entreprises, et non tout auteur de ces pratiques, seraient punissables.

De son côté, l'article 85 CEE dans son troisième alinéa, prévoit que certains accords, décisions ou pratiques peuvent être exemptés de l'interdiction. Les conditions de cette exemption ne s'appliquent qu'à des entreprises, puisque les accords, décisions et pratiques en question ne doivent pas « a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui... b) donner à ces entreprises la possibilité... » Ici encore on ne s'expliquerait pas que les seules pratiques concertées qui soient susceptibles d'exemption soient celles qui sont exercées par des entreprises. Il faut admettre plutôt que les pratiques sont toujours le fait d'entreprises.

Quelle est alors, dans ces conditions, la portée du mot entreprise ? Il faut déterminer son contenu puis en déduire les conséquences.

42. — On est inévitablement ramené au difficile problème de la définition juridique de l'entreprise. Aux dires de certains, si la tâche n'est pas impossible, elle est au moins prématurée (65). Et lorsque la doctrine essaie de déterminer le contenu de la notion elle n'est pas unanime. Il n'y a pas encore de conception juridique unique de l'entreprise, il n'y a que des définitions qui répondent à des buts particuliers (66). Il est douteux que l'on puisse se référer aux définitions qui ont été tentées dans les droits internes, à l'occasion de rapports juridiques particuliers, étrangers à notre matière, comme ceux du tra-

(65) SCHUMACHER, *Réflexions sur l'interdiction des ententes visées par l'art. 85 du Traité instituant la CEE* : *Dr. soc.* 1961, 66.

(66) RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, 1951, p. 265 et s. — M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, Paris, 1957, p. 365 et s.

vail, par exemple. En revanche, on ne peut pas négliger celles qui ont été proposées dans les droits étrangers mais dans le cadre de la législation relative à la concurrence (67). Or, même dans ce cadre limité, les auteurs ne sont pas d'accord. Ou bien on met l'accent sur les aspects économiques de l'entreprise et l'on repousse au second rang les considérations de forme et de capacité. Ou bien on met en valeur la nécessité d'une personnalité juridique de l'entreprise. Pour les uns il faut faire appel à la notion d'activité dans la production ou la circulation des richesses et la forme juridique ou la question de propriété importent peu (68). Pour d'autres, au contraire, c'est plus l'indépendance juridique de l'entreprise que son autonomie économique qui est déterminante (69). On fait remarquer en effet que l'une des catégories d'ententes consiste en accords et que ces derniers ne peuvent être conclus qu'entre des sujets de droit; il serait alors inutile de définir l'entreprise comme une entité purement économique; il s'agirait plutôt d'une personne, physique ou morale, qui a une activité économique (70).

La querelle n'est pas purement doctrinale, elle présente des aspects pratiques qui ne sont pas négligeables. Par exemple, pour l'application du Traité CECA, faut-il considérer qu'il existe en France une seule entreprise minière, les Charbonnages de France? Ou bien y en a-t-il plusieurs, les Houillères de bassin ou même les groupes d'exploitation? Par exemple encore, la succursale à Rotterdam d'une entreprise new-yorkaise constitue-t-elle une entreprise au sens du Traité CEE? Ces problèmes ne peuvent être laissés en suspens. Même si l'on n'épuise pas le problème de la définition de l'entreprise, il faut s'efforcer de dégager les critères qui permettront de résoudre les questions qui peuvent se présenter.

(67) Il s'agit surtout du droit allemand. En effet, le parag. 1 GWB utilise la notion d'entreprise dans une vue très proche de celle des art. 65 CECA et 85 CEE. Le début du paragraphe 1 est ainsi rédigé: « Verträge, die Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen zu einem gemeinsamen Zweck schliessen und Beschlüsse von Vereinigungen von Unternehmen sind unwirksam, soweit sie... » (Tous contrats qui unissent pour un but commun des entreprises ou des associations d'entreprises et toutes décisions d'associations d'entreprises, sont sans effet dans la mesure où...).

(68) LANGER, *Kommentar* précit., p. 55.

(69) MÜLLER-HENNEBERG, SCHWARTZ, *Kommentar*, précit., p. 154, n° 7 : « Nur juristisch selbständige Rechtssubjekte, können Unternehmen i.S. des parag. 1 sein, Rechtsgeschäfte, insbesondere also auch solche wettbewerbsbeschränkenden Inhaltes, sind nicht möglich zwischen rechtlich unselbständigen Abteilungen eines Unternehmens, so wie zwischen diesen und der Unternehmensleitung. Unerheblich ist an sich, ob das unternehmen auch wirtschaftlich selbständig. » (Seuls des sujets de droit, juridiquement indépendants, peuvent constituer une entreprise au sens du parag. 1. Des liens de droit, tout particulièrement lorsqu'ils ont pour objet de restreindre la concurrence ne sont pas possibles entre les différentes parties d'une entreprise qui ne sont pas juridiquement indépendantes ou entre ces parties et la direction de l'entreprise. Sans portée en soi est le fait que l'entreprise soit également indépendante au point de vue économique.)

(70) WOHLFARTH, EVERLING, *Kommentar* précit., p. 242 : « Da Vereinbarungen nur zwischen Rechtsträgern geschlossen werden können, kann das Unternehmen hier nicht als Wirtschaftseinheit definiert werden » (Comme les accords doivent être passés entre des titulaires de droits, l'entreprise ne peut être ici définie comme une unité économique).

En réalité, il semble bien qu'il soit impossible d'opter d'une manière catégorique entre la conception technique et la conception juridique. Il faut tenir compte des deux. Les deux idées emportent des conséquences que l'on ne peut ignorer. D'où le mérite des définitions synthétiques comme celle que propose GIERKE, « Toute unité organisée de moyens matériels et humains, qui est destinée à poursuivre un but économique » (71), ou encore HUBER, « Unité organisée dans laquelle exécutants et dirigeants de l'entreprise qui ont à leur service un certain nombre de forces de production, sont en général employés ensemble pour servir, par la mise en jeu de moyens corporels et incorporels, des buts économiques précis, notamment dans la production, le commerce, le transport, le crédit ou l'assurance » (72). Ces définitions mettent en lumière les deux aspects fondamentaux que comporte l'entreprise. D'une part, l'adaptation d'un certain nombre de moyens humains, corporels et incorporels à un but économique; d'autre part, une certaine indépendance juridique, nécessaire, au même titre que les purs moyens techniques, à la réalisation des buts fixés. Il est indispensable de tenir compte de ces deux aspects. La conclusion à laquelle arrive M. DESPAX (73) semble s'imposer en notre matière. D'une part, au point de vue de sa structure, l'entreprise est un organisme autonome, rassemblant des éléments humains et des éléments matériels nécessaires à l'œuvre de production. D'autre part, au point de vue de sa nature, elle constitue un sujet de droit naissant « qui ne peut jouir encore de tous les attributs de la personnalité juridique ».

1. L'indépendance juridique ne se confond pas, dans cette vue, avec la personnalité juridique. *On ne saurait exiger de l'entreprise qu'elle soit dotée de cette dernière.* Plus important semble le pouvoir de déterminer juridiquement la conduite, l'organisation et les rapports externes de l'ensemble technique considéré. Une unité économique décentralisée, comme une simple succursale, dont le dirigeant agit en qualité de mandataire, peut en fait jouir d'une autonomie appréciable dans ses rapports externes avec les fournisseurs, les clients, les établissements de crédit, etc. Les deux notions de personnalité juridique et d'entreprise ne correspondent pas. De sorte qu'à une même personne morale peuvent, par exemple, correspondre plusieurs entreprises distinctes, dotées en fait d'une plus ou moins large autonomie. Mais, cela dit, on trouvera toujours, en dernier ressort, une personne juridique qui est, derrière l'entreprise, à la source des pouvoirs. Les auteurs qui mettent l'accent sur la notion de personnalité juridique pour définir l'entreprise n'ont pas entièrement tort mais force est de reconnaître que leur analyse apporte peu de conséquences au regard de la

(71) GIERKE, *Das Handelsunternehmen*, in *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht*, Vol. III, p. 11 et s.

(72) HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, T. I, p. 471. On peut rapprocher de ces définitions celle donnée dans RIPERT et ROBLOT, *Traité élémentaire de Droit commercial*, p. 79 : « Mise en œuvre des éléments nécessaires à l'activité professionnelle », sans de dissimuler cependant combien reste vague une telle définition.

(73) *Op. cit.*, p. 414.

notion d'entente. On insiste en effet sur ce point que, pour passer l'accord qui est à la source de l'entente, il est nécessaire que des personnes juridiques se trouvent face à face. Cela est certain, mais ne peut avoir pour conséquence d'identifier absolument entreprise et personne juridique. On ne peut refuser de traiter la succursale d'une société anonyme comme formant à elle seule une entreprise, si elle est dotée d'une large autonomie technique. On ne peut nier que des sociétés unies par des liens de participation et étroitement contrôlées par l'une d'entre elles puissent constituer une entreprise unique (74).

Il suffit d'observer que toujours une personne juridique sera partie à l'accord d'entente conclu par l'entreprise.

2. Tout différents sont au contraire les effets du second aspect de la notion d'entreprise : l'adaptation de moyens techniques organisés à un but économique. Cet aspect apporte un élément positif qui permet de préciser le domaine d'application des règles propres aux ententes.

43. — Selon les articles 65 CECA et 85 CEE, l'entente a pour effet ou pour but d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de

(74) La Cour de Justice des Communautés a adopté sur ce point une attitude totalement contraire. Dans son arrêt du 13 juillet 1962 (Aff. 19-61, Mannesmann A.G. c. H.A. : *Rec res arrêts de la Cour*, 1962 p. 677), elle estime que les filiales d'une même société-mère constituent des entreprises distinctes de cette dernière, quelle que soit par ailleurs l'étroitesse des liens économiques et techniques qui l'unissent à elle.

« Attendu — dit la Cour — que l'entreprise est constituée par une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels, rattachée à un sujet juridiquement autonome, et poursuivant d'une façon durable un but économique déterminé;

« Que, selon cette notion, la création de tout sujet de droit dans le domaine de l'organisation économique entraîne la constitution d'une entreprise distincte; qu'en effet, une activité économique ne saurait être considérée comme formant une unité sur le plan juridique lorsque les effets juridiques de cette activité doivent être rattachés séparément à plusieurs sujets de droit distincts;

« Que, partant du seul fait de la création d'une personne juridique distincte, le droit reconnaît à celle-ci une autonomie formelle et une responsabilité propres, de telle sorte que l'attribution de la personnalité juridique aux différentes filiales a eu comme but et comme effet l'attribution sur le plan juridique à chacune de celles-ci de la direction et du risque de son activité; »

Faut-il en conclure que, selon la Cour, l'élément juridique, c'est-à-dire l'existence de la personnalité morale, soit prépondérante dans la définition de l'entreprise ? Il le semble, et cela, en dépit du fait que la Cour statuant dans un cas particulier, celui de savoir *si des sociétés filiales ont nécessairement la qualité d'entreprise*, ce qui laisse subsister un autre problème, celui de savoir si des succursales, dépourvues de la personnalité juridique, peuvent constituer des entreprises.

Il convient de remarquer cependant un point important. L'arrêt était rendu à propos de l'application des mécanismes financiers de péréquation, institués par la Haute Autorité sur le marché de la ferraille. La Cour avait pris soin de préciser que,

« En raison du caractère multiforme et changeant de la vie économique, il importe dans l'institution et le fonctionnement d'un mécanisme financier tendant à sauvegarder l'équilibre du marché commun, d'employer des critères clairs et objectifs applicables à une généralité de cas présentant certaines caractéristiques fondamentales communes; »

Mais ne serait-il pas dangereux de pousser cette idée à l'extrême et de considérer que la notion d'entreprise doit être déterminée à propos de chaque problème particulier, en fonction des buts propres aux règles que l'on interprète ?

la concurrence. C'est la discipline que vont observer les entreprises membres de l'entente dans la conduite de leurs activités, qui va rendre tangible l'atteinte portée à la concurrence. Or, l'activité normale de l'entreprise se trouve en relation étroite avec les moyens techniques dont elle dispose. On peut alors penser que les ententes, au sens des deux Traités, sont exclusivement celles qui se forment dans des secteurs d'activité qui comportent par nature la mise en œuvre de moyens techniques. Cette explication est la seule qui, dans l'interprétation des articles 65 CECA et 85 CEE, accorde un effet au mot entreprise car,

— si le terme est équivalent de celui de personne juridique, il est inutile, puisque cette nécessité est déjà impliquée par les mots accord et association,

— s'il veut dire que le seul domaine d'application des articles 65 CECA et 85 CEE consiste dans les activités qui ne peuvent être menées que par des entreprises, c'est-à-dire par des unités organisées comprenant un certain nombre de moyens techniques, alors il prend toute sa signification et on peut lui attribuer un effet propre : les activités qui peuvent être menées par de simples individus, sans qu'il soit besoin de faire appel à des moyens techniques, ou qui sont menées par des entreprises, sans que celles-ci fassent appel aux moyens dont elles disposent, ne rentrent pas dans le champ d'application des deux textes.

Cette interprétation permet de préciser deux points importants.

1° Elle commande l'exclusion des professions libérales (75), et d'une manière plus générale de toutes les activités qui font essentiellement appel aux qualités personnelles d'un individu en reléguant à l'arrière-plan les moyens d'exploitation. Les services que rendent l'avocat, le médecin, l'écrivain, le conseiller fiscal ou le notaire ne s'inscrivent pas dans le cadre d'une entreprise.

2° Elle permet d'exclure de la réglementation des ententes l'important marché des valeurs mobilières : il n'est point besoin d'avoir la qualité d'entreprise pour procéder à des opérations sur ce marché. De sorte que les spéculations réalisées par des particuliers non professionnels dans les bourses de valeurs ne rentrent pas dans le domaine d'application de l'article 85 CEE. De même, les opérations qu'effectuent pour le compte de clients les agents de change et les courtiers en valeurs mobilières : bien que ces derniers soient des professionnels qui ont la qualité de commerçant et qu'ils puissent être considérés comme des prestataires de services, on ne peut assimiler leur charge à une entreprise. Enfin, on ne saurait considérer comme des entreprises les sociétés « holding » : sans doute le rôle économique de ces sociétés est-il d'une grande importance et elles peuvent, en fait, exercer un contrôle étroit sur un grand nombre d'entreprises, mais elles ne disposent pas en propre des moyens techniques d'exploitation (76). Les opérations qu'elles peuvent réaliser pour acquérir les valeurs mobilières

(75) MÜLLER-HENNEBERG, SCHWARTZ, *Kommentar* précit., p. 154, n° 8.

(76) BAUDIN, *Traité*, T. I, p. 607 et p. 633.

sur lesquelles elles vont asseoir leur contrôle échappent aux règles relatives aux ententes. Il en est de même des opérations que des entreprises réalisent sur le marché des valeurs, accessoirement à leur activité principale, car l'utilisation des moyens techniques fait défaut.

Dès lors, tous les accords ou pratiques concertées, qui unissent un certain nombre de personnes afin de porter atteinte à la concurrence sur le marché des valeurs mobilières, échappent à l'application de l'article 85 CEE. Ainsi, toutes les manœuvres d'accaparement que nous décrivait une littérature classique et pittoresque et qui n'épargnent sans doute pas les grandes bourses d'Europe occidentale, doivent être exclues de la notion d'entente économique, au sens du Traité CEE. Parallèlement à l'aspect véritablement dolosif, frauduleux même qui leur est propre, ces opérations empruntent à la notion d'entente certains de ses traits distinctifs. Cependant le marché tout à fait particulier sur lequel elles s'exercent conduit à les différencier et à les isoler de la catégorie des ententes économiques.

On voit que l'adjonction, dans les textes des Traités, du mot entreprise ne relève pas de la pure élégance de rédaction : elle donne à ces textes une signification très nette. Les effets qui découlent de la notion d'entreprise, quant au point qui nous occupe, consistent à retrancher certains secteurs de l'activité économique du champ d'application des règles relatives aux ententes.

44. — En définitive, la réglementation des ententes contenue dans le Traité CEE ne s'applique qu'à ceux qui exercent une activité de production ou de prestation de service sous forme d'entreprise, c'est-à-dire présentant un degré de technicité tel qu'il exige la mise en œuvre de moyens organisés;

— Elle ne s'applique pas aux secteurs qui sont soumis aux Traités CECA et EURATOM;

— Elle ne s'applique pas aux professions libérales, ni aux activités portant sur les valeurs mobilières;

— Sous ces réserves, l'application des règles relatives aux ententes est de principe. Elle s'impose tant que des dispositions du Traité ou des règlements pris par les organes de la Communauté n'édicte pas d'exceptions expresses ou tacites, totales ou partielles. Les règles relatives aux ententes s'appliquent en particulier aux secteurs de l'agriculture et des transports, sous réserve des assouplissements prévus par les règlements n° 26 et n° 141.

*
**

45. — La diversité des critères qui commandent l'application des textes, masque entre ceux-ci des oppositions et des analogies assez nettes.

Des oppositions, en premier lieu. On voit se dessiner une ligne de partage entre l'article 419 du Code pénal d'une part, et les trois autres textes, d'autre part. Le domaine d'application du premier est très

vaste : il concerne les ententes qui se réalisent dans tous les secteurs de l'économie et à propos de toutes les opérations, en particulier celles qui revêtent un aspect purement spéculatif ou qui touchent au marché des valeurs mobilières. De telles ententes sont au contraire étrangères à l'application des trois autres textes dont la portée est à cet égard plus restreinte. Opposition encore entre l'article 65 CECA d'une part, et les articles 59 *bis* de l'ordonnance 45-1483 et 85 CEE, d'autre part : alors que le premier vise les ententes qui se réalisent dans un secteur très précis de l'économie, les seconds concernent des ententes dont les membres peuvent poursuivre des activités variées.

En second lieu, apparaissent des analogies. Une même idée unit les articles 59 *bis* de l'ordonnance 45-1483, 65 CECA et 85 CEE : les activités qu'ils concernent relèvent de la production de richesses nouvelles ou de la prestation de services qui nécessitent la mise en œuvre de moyens techniques organisés. Enfin, tout aussi importante est l'idée selon laquelle l'application des textes relatifs à la concurrence est de principe dans les secteurs ainsi définis; *les exceptions à ce principe ne peuvent découler que des textes légaux ou réglementaires, des Traités ou des règlements pris en application de ceux-ci*; ces exceptions peuvent être expresse ou tacites, totales ou partielles.

CHAPITRE II

L'EXISTENCE D'UN CRITERE COMMUN

46. — L'examen du domaine de formation des ententes, tel qu'il se dégage des critères inscrits dans les textes ne peut être ignoré. Il n'est cependant pas totalement satisfaisant. D'une part, il aboutit, par la sécheresse des constatations, à une énumération de solutions qui semblent correspondre en dépit de quelques analogies d'aspect très général, à une série de cas particuliers. On en dégage difficilement une vue d'ensemble. D'autre part, et ici l'inconvénient pratique rejoint l'inconvénient théorique, on ne comprend pas toujours pourquoi tel cas particulier reçoit une solution différente de celle qui est admise pour le cas voisin : l'esprit de l'institution, la réglementation des ententes, apparaît mal. D'où des difficultés d'interprétation. Comment trancher à propos des cas douteux ? On voit l'intérêt qu'il y aurait à mettre en lumière un critère commun aux diverses réglementations, qui, sans se substituer aux critères que prévoient les textes, rendrait compte de leur fondement et donnerait une ligne de conduite à l'interprète.

Un tel critère doit être recherché dans le but des règles de concurrence. On tentera de montrer, dans une première section, que les quatre systèmes juridiques que nous étudions visent à l'instauration et au maintien d'un régime économique particulier, celui de l'économie de marché, tel que l'école néo-libérale l'a mis en lumière. Il sera alors proposé, dans deux autres sections, d'envisager les systèmes du droit interne et du droit des Traités sous le bénéfice de cette observation. On verra que, sans se substituer totalement aux critères étudiés dans le chapitre précédent qui gardent toute leur importance, le critère commun les éclaire d'un jour nouveau et permet d'apporter plusieurs précisions, d'une utilité majeure, au problème de la définition de l'entente économique.

SECTION I

LE RÉGIME DE L'ÉCONOMIE DE MARCHÉ

47. — Il est nécessaire de déterminer dans quelle mesure le droit positif français et les Traités européens posent en principe la réalisation d'un tel régime. Il faudra ensuite tenter une formulation juridique de la règle que postule l'esprit de la législation.

§ 1. — *Le but des règles de concurrence*

48. — Ramené à ses termes les plus généraux, le problème se pose de la manière suivante : un entrepreneur est-il libre de régler comme il l'entend son activité industrielle ou commerciale ? Peut-il, par le jeu d'engagements contractuels, déterminer pour l'avenir sa ligne de conduite et, en particulier, se lier quant aux prix auxquels il offrira ses produits, aux quantités qu'il consentira à mettre en circulation ou aux clients avec qui il traitera ? C'est une question de liberté, liberté de contracter ou même, plus généralement, liberté d'agir sur le plan économique. Toute réglementation des ententes économiques apparaît comme un système de barrières et d'entraves qui sont apportées à cette liberté. Or, il apparaît que cette liberté d'agir n'est pas de celles qui demandent, selon notre droit occidental, à être partout et toujours protégées d'une manière systématique, quel que soit le système politique et social. Elle est, en réalité, étroitement liée au régime économique voulu par la puissance publique et la notion d'ordre public économique est essentiellement variable avec le temps (1). L'économie médiévale ne la connaissait que d'une manière limitée; les systèmes d'économie planifiée l'excluent, en principe (2). Le problème des ententes économiques doit donc être étudié en relation avec l'ordre économique particulier auquel tend le droit positif.

Le droit positif français, celui des cinq autres pays membres de la CECA et de la CEE et enfin celui qui a sa source dans les deux Traités instituant ces Communautés tendent à un *ordre d'économie de marché*. Ce régime repose, peut-on dire schématiquement, sur un triple postulat :

— En principe, toute liberté doit être laissée aux entrepreneurs et aux consommateurs de déterminer leurs activités et les relations qu'ils peuvent avoir entre eux sur le plan économique.

La production et la circulation des biens, la prestation des services s'opèrent sous le double signe de la liberté et de la concurrence.

— La concurrence qui découle d'un tel régime de liberté ne saurait être parfaite; bien plus, l'idéal limité d'une concurrence imparfaite ne peut être atteint qu'au prix de certaines limitations de la liberté d'agir et de contracter. Ces limitations nécessaires se concrétisent dans un corps de « règles de concurrence ».

— Les règles de concurrence ne peuvent recevoir une application absolue. Certains secteurs de l'économie doivent leur échapper et être organisés selon d'autres principes.

49. — En France, le principe reste que toute personne peut se livrer comme elle l'entend à une activité économique quelconque : c'est l'application des dispositions générales du Code civil sur la liberté

(1) JULIOT DE LA MORANDIÈRE, *La notion d'ordre public en droit privé*, Cours de doctorat, Paris, 1950-51, p. 307 et s. — Ph. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, Paris, 1953, n° 79. — G. FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, 1963.

(2) En principe seulement, car le contrat conserve un certain rôle au sein de l'économie planifiée. V. BETTELHEIM, T. I, du *Traité d'économie politique* de Gaëtan PIROU, *L'économie soviétique*, Paris, 1950, p. 39.

contractuelle, les articles 6 et 1134. Il existe un ordre public économique, mais les règles qui le traduisent, aussi nombreuses soient-elles, conservent un caractère exceptionnel. L'aspect le plus évident des dispositions relatives à la liberté contractuelle est repris dans un principe tout aussi classique, celui de la liberté du commerce et de l'industrie que l'on fonde sur la loi des 2-17 mars 1791 (3) et que l'on peut formuler ainsi : « Toute personne peut se livrer à tout commerce ou industrie soit en créant une exploitation, soit en acquérant une exploitation existante » (4). Liberté contractuelle, liberté du commerce et de l'industrie créent les conditions indispensables à un régime de concurrence entre les divers sujets économiques. Elles en sont la base.

Cet idéal de concurrence fut longtemps classique dans notre droit. Il a subi des restrictions plus ou moins graves depuis la première guerre mondiale, mais on assiste aujourd'hui à sa renaissance : renaissance qui s'opère progressivement depuis 1945 et qui se réalise sur deux plans parallèles.

Le premier mouvement a consisté en une suppression des diverses entraves nées d'une économie de guerre et de pénurie. C'est la loi du 26 avril 1946 qui a amorcé le retour à un régime relativement libéral. Les organismes professionnels étaient dissous; la répartition autoritaire des produits était maintenue, mais seulement pour une période transitoire (5). Cependant, la réglementation des prix ne pouvait dis-

(3) *S. chr. Lois annotées, 1789-1830*, p. 93.

Le principe a-t-il valeur constitutionnelle ? Le Préambule de la Constitution de 1946, auquel renvoie celui de la Constitution du 4 octobre 1958, réaffirme solennellement les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ». Il est cependant douteux que cette référence suffise à conférer au principe de la liberté du commerce une valeur constitutionnelle, car il semble bien qu'elle soit trop vague pour permettre la consécration de principes définis. On a du reste remarqué (VEDEL, *Droit constitutionnel*, Paris, 1949, p. 323) qu'elle avait dans l'esprit des rédacteurs de la Constitution de 1946 une valeur surtout sentimentale et historique. En outre, si le Conseil d'Etat reconnaît aux dispositions du Préambule la force de textes juridiques (Cons. d'Etat, 12 fév. 1960, *Sté Eky* : D. 1960, 263, note L'HUILLIER; J.C.P. 60, II, 11629 bis, note VEDEL), ce n'est que lorsqu'elles sont suffisamment précises et « susceptibles de s'appliquer immédiatement ». Enfin, on a fait valoir avec juste raison (RIPERT et ROBLOT, *Traité*, T. I. p. 52) que le Préambule de la Constitution de 1946 déclarait également que toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait doit devenir la propriété de la collectivité. Toutes ces raisons font douter de la valeur constitutionnelle du principe. Plus important que cette controverse reste le fait que le Conseil d'Etat voit dans le principe de la liberté du commerce et de l'industrie un *principe général du droit* (Cons. d'Etat 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs conseils* : Rec., p. 394; R.P.D. 1959, p. 1004, concl. FOURNIER; D. 1959, 541, note L'HUILLIER; S. 1959, 202, note DRAGO; — 12 fév. 1960, *Sté ind. et com. d'approvisionnements* : Rec., p. 103). A ce titre, le législateur peut y déroger. Mais il est admis que les principes généraux s'imposent à l'administration, même dans l'exercice du pouvoir réglementaire autonome que lui reconnaît l'art. 37 de la Constitution (AUBY et DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, Paris, 1962, T. III, n° 1149; — CHAPUS : D. 1960, Chr. 119).

(4) RIPERT et ROBLOT, *Traité*, T. I, p. 52. — HAMEL et LAGARDE, *Traité*, T. I, p. 121.

(5) La réglementation en cette matière ne fut, du reste, jamais expressément abrogée, mais une série de mesures complexes lui enleva peu à peu toute portée. En particulier l'Office central de répartition ne fut pas supprimé, mais il perdit toutes ses compétences au profit du Ministre de l'Industrie. Celui-ci cessa peu à peu de les utiliser.

paraître aussi vite; au contraire, elle avait été reprise dans ses grandes lignes par les ordonnances du 30 juin 1945. Le retour à la liberté en cette matière se fit très progressivement et, si le principe en semble acquis aujourd'hui, il n'est pas encore consacré dans tous les secteurs. Les textes n'ont jamais été abrogés : le plus souvent des accommodements divers ont eu raison de la taxation autoritaire. En ce qui concerne le prix des produits industriels et des services, le régime de la liberté est devenu la règle; ceux de la taxation et des prix libres contrôlés sont l'exception. .

Les deux ordonnances du 30 juin 1945 restent les deux textes essentiels de la législation économique française. Leur portée, relativement à la réglementation des prix proprement dite, est réduite; mais elles constituent un système toujours susceptible d'être remis en application. En tout cas, elles servent de cadre à d'autres dispositions qui traduisent une orientation nouvelle de la politique économique nationale.

En effet, un deuxième mouvement est venu compléter le premier. Le législateur a affirmé sa volonté de placer la politique économique sous le signe d'une forme moderne de libéralisme. En 1946 déjà, la loi du 26 avril, précitée, était présentée par son rapporteur comme un texte de transition destiné à amorcer le retour à la liberté économique. Effectivement, lois et décrets ont par la suite fourni la preuve de la nouvelle orientation de la législation économique. Ainsi, selon, l'article 7-1, 7^e alinéa de la loi du 11 juillet 1953, le gouvernement était autorisé à prendre par décret des mesures relatives « au maintien ou au rétablissement d'une libre concurrence industrielle et commerciale ». La loi du 13 décembre 1957 dans le paragraphe 4, 1^{er} alinéa de son article unique, prévoyait que le gouvernement pouvait prendre toute mesure « tendant au maintien et au rétablissement de la libre concurrence ». D'autre part, le décret du 9 août 1953 a introduit dans le livre III de l'ordonnance 45-1483 une quatrième section intitulée « Maintien de la libre concurrence ».

Ces déclarations de principe ont trouvé leur écho dans des mesures concrètes. C'est la même ordonnance 45-1483 qui a servi de cadre aux nouvelles dispositions. La formation progressive d'une législation économique récente s'inscrit dans les développements successifs de l'article 37. Formellement, la rubrique des infractions « *assimilées à la pratique de prix illicites* » fournissait un cadre très souple : on pouvait sans peine y inscrire des dispositions qui, par leur esprit, étaient totalement étrangères à la législation des prix.

On ne s'étonnera pas qu'il soit nécessaire d'édicter des mesures autoritaires pour assurer un régime de liberté du commerce. On sait qu'il est nécessaire de restreindre au nom de la liberté économique la liberté d'action des individus. Considéré dans certaines de ses manifestations, le principe de liberté contractuelle ne vient plus à l'appui du principe de liberté du commerce, il le contrarie. Le paradoxe n'est qu'apparent, car la concurrence doit être protégée contre elle-même. De sorte que sur le plan législatif l'adoption d'une politique économique néo-

libérale conduit forcément à la mise en place d'interdictions et de sanctions : le retour à une « libre concurrence industrielle et commerciale » ne peut pas consister de nos jours en une simple élimination des entraves que nécessitait un état de pénurie. Seulement, les nouvelles mesures sont par leur esprit fondamentalement différentes des anciennes mesures de dirigisme économique. A l'inverse de celles-ci, celles-là supposent la liberté des prix, des approvisionnements, de la production et des débouchés. Les deux voies qui en apparence procèdent du même esprit d'intervention de l'Etat, sont en réalité diamétralement opposées. Tandis que l'une tend à limiter à un degré plus ou moins élevé le jeu de la concurrence, l'autre laisse intacte la concurrence et n'en règle que les *conditions d'exercice*.

Il n'est pas douteux que les développements de l'article 37 de l'ordonnance 45-1483 montrent depuis 1953 la volonté du législateur de s'engager dans la seconde des deux voies. Un examen même superficiel de ses dispositions suffit à montrer qu'elles tendent à régler non les termes de la production et des échanges, mais les conditions de la concurrence qui doit présider à leur formation. L'interdiction du refus de vente, des conditions discriminatoires, des ventes couplées et des prix imposés (6) vise à empêcher que par le jeu d'ententes ou de positions économiques dominantes la production et les échanges soient déterminés par des facteurs étrangers aux considérations de prix, de qualité et de quantité.

Ainsi, notre législation a pris un visage nouveau. Elle pose en principe que la liberté, dans la mesure où elle est nécessaire à un régime de concurrence, doit être l'un des moteurs de l'économie. Certes, la législation française relative à la concurrence conserve encore bien des marques propres au régime de taxation des prix. Son insertion dans l'ordonnance 45-1483 et le renvoi à la procédure de l'ordonnance 45-1484 que cela implique, la rend tributaire pour une certaine part de la législation relative aux prix. D'autre part, il demeure encore bien des traces du dirigisme économique de l'époque de pénurie. Les prix des denrées agricoles, en particulier, ne sont pas totalement libres. Les nationalisations, enfin, qui ont marqué la période d'après-guerre donnent aux structures économiques de la nation une physionomie particulière dont il faut tenir compte. Tout cela donne au droit français un visage original par rapport à certains de ses homologues étrangers. Les conséquences sur le plan juridique ne sauraient être négligées. C'est au contraire sous un aspect beaucoup plus homogène que se présentent les régimes institués par les Traités CECA et CEE.

50. — Le Traité instituant la CECA pose en principe l'instauration d'un régime concurrentiel des relations économiques. Cela ne va cependant pas sans certaines nuances. Quant au Traité CEE il se réfère au même idéal, mais d'une manière plus catégorique.

(6) Art. 37-I-a; 37-I-a *in fine*; 37-I-c; 37-3; 37-4-1^{er} et 2^e al. de l'ordonnance du 30 juin 1945 relative aux prix.

Les buts du Traité CECA sont formulés par l'article 2. Ils sont au nombre de trois : expansion économique, développement de l'emploi et relèvement du niveau de vie.

L'expansion économique et le relèvement du niveau de vie doivent normalement correspondre : tout ordre économique s'efforce de réaliser un équilibre entre production et consommation. Au contraire, le développement de l'emploi peut ne pas être conforme aux deux autres buts. Il peut aller à l'encontre de l'expansion ou du relèvement du niveau de vie. Mais l'article 2, 2^e alinéa montre que le Traité met l'accent sur l'expansion (7). En effet cette disposition précise *comment* l'expansion économique doit être assurée : la répartition la plus rationnelle de la production au niveau de productivité le plus élevé. La continuité de l'emploi est présentée sous l'angle d'une restriction à l'expansion : elle doit être sauvegardée, mais l'élément essentiel reste l'expansion par la répartition la plus rationnelle.

Comment la répartition va-t-elle être opérée ? Le même article 2, 2^e alinéa montre que la Communauté n'a pas à s'en charger à titre principal. Ce n'est pas la Communauté qui assure la répartition, par voie de planification par exemple. Elle doit seulement réaliser l'établissement progressif des conditions de la répartition la plus rationnelle; il suffit de créer les conditions et ce sont les conditions qui assureront « par elles-mêmes » cette répartition. La tâche est laissée à l'initiative des entreprises. La Communauté n'a donc pas à établir un plan économique; elle doit plutôt, comme l'exprime l'article 46, 3^e alinéa « orienter l'action de tous les intéressés ». Enfin, une disposition fondamentale, l'article 5, porte que la Communauté « assure l'établissement, le maintien et le respect de conditions normales de concurrence et n'exerce une action directe sur la production et le marché que lorsque les circonstances l'exigent ». On comprend alors le sens de l'expression « interventions limitées » qui figure au même article. Elle ne signifie pas qu'en période normale la Communauté exerce des tâches de planification et de fixation des prix, même d'une manière limitée. Elle signifie que la Communauté intervient pour sauvegarder les conditions d'une concurrence normale. Du reste, certaines mesures d'intervention directe sont interdites par le Traité lui-même dans son article 4. C'est donc bien un régime d'économie de marché que le Traité CECA cherche à mettre en œuvre (8).

La Cour de Justice s'est prononcée dans ce sens. Ainsi, par exemple, dans les affaires 1/54 et 7/54 (9). Les interventions de la Communauté ne sont pas destinées à limiter la concurrence, mais à éliminer les troubles de la concurrence, qu'ils proviennent de l'action des Etats ou de celle des particuliers.

(7) VON BECKERATH, *Ordnungspolitik in der MontanUnion*, Cologne, 1960, p. 18.

(8) Dans le même sens, OPHÜLS, *Das Wirtschaftsrecht des Schuman-Plan* : *NJW*, 1951, p. 381.

(9) Aff. 1-54, Gouvernement de la R.F. c. H.A. 21 déc. 1954 : *Rec.*, vol. I, p. 7; — Aff. jointes 7-54 et 9-54, Groupement des industries sidérurgiques luxembourgeoises c. H.A., 23 avril 1956 : *Rec.*, vol. 2, p. 53.

En réalité, les conceptions des rédacteurs du Traité ne sauraient être traduites d'une manière aussi simple et catégorique. D'une part, il faut tenir compte du fait que le marché commun du charbon et de l'acier s'applique à un secteur économique qui, par sa nature même, n'admet pas une concurrence totale : les conditions d'une concurrence optima ne sont pas réunies (10). En particulier l'offre est incapable d'une élasticité comparable à celle de la demande (11). D'autre part, la concurrence ne reste qu'un moyen de réaliser les buts du Traité. De sorte qu'elle doit subir des limitations lorsqu'elle va à l'encontre de ces buts : on peut raisonnablement envisager que la réalisation des tâches fixées à l'article 3-a, l'approvisionnement régulier du marché commun, et surtout à l'article 3-c, l'établissement des prix les plus bas, nécessitent de telles limitations. Vu sous cet angle, le Traité laisse subsister une certaine équivoque. On peut cependant admettre que le principe reste, sous le bénéfice de certaines limites, celui d'une économie de marché.

51. — Dans le Préambule déjà, les rédacteurs, en énumérant les buts qu'ils assignaient au Traité CEE, ont mis l'accent sur l'un d'eux, la réalisation d'un marché commun. En effet, les trois expressions « *déterminés* », « *décidés* » et « *résolus* » qui concernent la réalisation de ce marché s'opposent aux termes « *désireux* », « *soucieux* » et « *reconnaissant* » qui se rapportent aux autres buts et qui sont beaucoup plus vagues. On remarquera que la loyauté dans la concurrence n'apparaît qu'au titre des moyens propres à éliminer les obstacles existants; ce n'est pas un principe véritablement fondamental.

Les buts énoncés dans le préambule sont repris sous une autre forme dans l'article 2. Ils sont au nombre de cinq :

- développement harmonieux des activités économiques,
- expansion continue et équilibrée,
- stabilité accrue,
- relèvement accéléré du niveau de vie,
- relations plus étroites entre les Etats.

Le même article 2 énonce les deux moyens par lesquels ces buts doivent être atteints : l'établissement d'un marché commun et le rapprochement progressif des politiques économiques. Enfin, l'article 3 contient l'énumération des moyens d'action propres à la Communauté : ils correspondent tous à l'un des deux moyens principaux, soit qu'ils rentrent dans le cadre de l'un d'eux seulement, par exemple l'élimination des droits de douane qui se rapporte à l'établissement du marché commun, tandis que le rapprochement des législations nationales se rapporte au rapprochement des politiques économiques, soit

(10) REUTER, *op. cit.*, p. 149; — ISAY, *Deutsches Kohlenwirtschaftsrecht im Rahmen des Schumanplans*, Munich, Berlin, 1952 (*Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Köln*, Bd IV, p. 17).

(11) Assemblée Parlementaire, Session de novembre 1954, compte rendu des débats, p. 17.

qu'ils puissent correspondre aux deux à la fois, ainsi l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun. On voit ici encore que l'existence d'une concurrence n'apparaît qu'au titre des moyens.

Après avoir ainsi été énoncées à l'article 3, les règles de concurrence figurent dans la troisième partie du Traité, sous la rubrique de la politique de la Communauté : les deux pièces fondamentales en sont les articles 85 et 86 qui visent à instaurer une concurrence entre les entreprises et, d'autre part, l'ensemble des articles 90 à 92 qui tend à assurer que les entreprises ressortissant à des Etats différents concourent sur un pied d'égalité. Mais ici encore, c'est sur la réalisation du marché commun que l'accent est placé : les articles 85 et 86 concernent la concurrence dans le commerce entre Etats : il ne s'agit pas de mettre en œuvre immédiatement un régime d'économie de marché dans l'ensemble du marché commun, mais de faire en sorte que les échanges entre Etats s'effectuent sous le signe de la concurrence. Ce n'est que par le jeu des politiques économiques, par leur rapprochement et par l'harmonisation des législations, c'est-à-dire par une méthode indirecte, que l'instauration d'une politique de marché concurrentiel généralisée trouvera son aboutissement. Il apparaît donc d'une manière très nette que l'instauration d'un régime de concurrence n'est pas un but, mais un moyen, parmi d'autres, de réaliser le marché commun et qu'à ce titre il peut entrer en conflit avec certains autres moyens prévus par le Traité.

Quoi qu'il en soit, il reste indéniable que l'ensemble du Traité est empreint largement d'un esprit de libéralisme économique. La méthode principale de réalisation du marché commun consiste d'abord en une suppression des barrières qui limitent l'initiative individuelle. La suppression des droits de douane, des contingents, des obstacles à la libre circulation des capitaux, l'instauration de la liberté d'établissement concourent à placer les rapports économiques sous le signe de la liberté. Les règles de concurrence, enfin, visent non à les limiter mais à la rendre effective.

§ 2. — *La formulation du principe*

52. — D'après ce qui précède, on peut dire que l'ordre économique tel qu'il ressort de la législation française et des Traités est placé sous le signe de l'économie de marché. Les règles de concurrence, et en particulier celles qui ont trait aux ententes, sont étroitement liées à cette idée d'économie de marché : loin d'en être la négation, elles en constituent la garantie : voilà leur rôle. D'autre part, le régime de concurrence qui est la loi d'une telle économie ne peut être ni absolu, ni général : il laisse place à de larges exceptions.

Cette double observation permet de proposer un critère pour le domaine d'application des règles relatives aux ententes : *les secteurs économiques qui, pour différentes raisons, ne sont pas placés sous le signe de l'économie de marché doivent être a priori soustraits à l'ap-*

plication de ces règles. Il y a des cas où cet ordre économique est écarté au profit d'un ordre d'économie autoritaire ou collective. Pour citer le cas le plus manifeste, il y a des entreprises qui ont pour tâche de mettre à la disposition du public des services d'importance vitale : eau et électricité, postes, transports urbains par exemple. Le législateur les soumet, dans l'intérêt général, à un autre régime que celui de l'économie de marché.

La limite entre les deux secteurs n'est pas toujours très évidente : on ne saurait se dissimuler les nombreux problèmes de frontière qui se posent. Mais du moins, la règle d'interprétation apparaît-elle très clairement : *l'exclusion d'un secteur du domaine de l'économie de marché ne peut résulter que d'une analyse précise de la législation qui régit ce secteur.* En face du principe que représente le marché concurrentiel, ces exclusions ne peuvent constituer que des exceptions. Il faut donc qu'apparaisse très nettement la volonté du législateur d'exclure totalement le secteur économique en question du régime de droit commun.

SECTION II

LE RÔLE DE L'IDÉE D'ÉCONOMIE DE MARCHÉ

DANS LA RÉGLEMENTATION DES ENTENTES EN DROIT INTERNE

53. — Le critère tiré de l'économie de marché présente un double intérêt : premièrement, il permet de regrouper, sans pourtant se substituer à eux, les divers critères que nous avons déjà examinés et qui commandent l'application des règles relatives aux ententes; en second lieu, il apporte un élément nouveau aux éléments traditionnels d'interprétation des textes. Il permet en effet de résoudre plusieurs difficultés qui sont soit spécifiques à l'article 419 du Code pénal ou aux articles 59 *bis* et suivants de l'ordonnance 45-1483, soit communes aux deux ordres de dispositions à la fois. On relèvera donc ce double intérêt en utilisant le critère de l'économie de marché pour résoudre les diverses difficultés d'interprétation soulevées par les textes. On distinguera, suivant que ces difficultés sont spéciales ou communes aux textes considérés.

§ 1. — *Les difficultés d'interprétation propres à chacun des textes de la législation interne des ententes*

A. — Le domaine d'application de l'article 419 du Code pénal

54. — Le domaine d'application de la disposition pénale a été défini par la Cour de cassation à partir des notions de marchandises et d'effets publics et privés. En ce qui concerne les marchandises, il convient de rappeler la formule élaborée par les arrêts, formule devenue classique depuis 1836 : les dispositions de l'article 419 du Code pénal

s'appliquent à tout ce qui étant l'objet des spéculations du commerce a un prix courant habituellement déterminé par la libre et naturelle concurrence du trafic dont il s'agit.

Ce critère coïncide avec celui de l'économie de marché. Par une interprétation audacieuse du terme « marchandises », la Cour de cassation a placé l'article 419 en étroite corrélation avec la protection de la concurrence : et cela dans tous les secteurs économiques que le législateur entend soumettre à ce régime. Premier pas dans la voie d'une interprétation extensive de la disposition pénale, l'arrêt de la Chambre criminelle du 9 décembre 1836 (12) présente sous ce rapport un intérêt historique et théorique certain.

Il présente un intérêt historique, car il montre le délit de coalition sous son vrai jour. Faisant abstraction des origines de l'article 419, la haute juridiction posait en principe qu'il n'a pas seulement pour but de réprimer quelques faits scandaleux, mais rares, d'accaparement (13), mais qu'il apparaît comme une garantie générale et nécessaire du régime de liberté du commerce institué par l'article 7 de la loi des 11-17 mars 1791. Si par la suite la Cour de cassation est restée fidèle à ce point de vue, il faut pourtant remarquer que les juridictions inférieures ont souvent pris une position moins franche. Les développements de la jurisprudence des cours d'appel tout au long du XIX^e siècle, et même au début du XX^e, présentent de perpétuelles oscillations entre deux pôles d'attraction : répression des seules coalitions frauduleuses ou application du texte pénal à toutes les ententes qui entravent le jeu de la concurrence. Ces hésitations trouvaient d'ailleurs leur parallèle en doctrine, car on voit les auteurs présenter l'article 419 tantôt comme la séquelle juridique d'un état de fait périmé, tantôt comme une loi capable de constituer le régulateur du commerce.

L'arrêt du 9 décembre 1836 présente aussi un intérêt théorique certain. On a parlé de nécessaire interprétation restrictive de la loi pénale; or on doit bien avouer qu'il y a quelque inconséquence à admettre à la fois que ce principe doit dominer l'interprétation de l'article 419 et que la jurisprudence de la Cour de cassation mérite approbation. Il est difficile d'admettre que dans un texte pénal le mot marchandise puisse signifier transport, assurance, courtage. Conscients de cette difficulté, certains auteurs n'ont pas hésité à condamner la jurisprudence de la Chambre criminelle (14). La plupart, au contraire, sem-

(12) *S.* 1836, 1, 881.

(13) Il se peut, en effet, que l'art. 419 ait été initialement conçu comme visant surtout les accaparements. En ce sens, PLAISANT et LASSIER, *Les ententes industrielles sous forme de sociétés ou d'associations*, 1955 : *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 178-1, p. 112. — AMIAUD, *Les nouvelles formes d'ententes*, op. cit., p. 147 et 148; — *La réglementation juridique des ententes en droit français*, in *Etudes de droit contemporain*, Contributions françaises aux III^e et IV^e congrès internationaux de droit comparé, Paris, 1959, T. III, p. 174.

(14) Dans ce sens, L. MAZEAUD, *Le problème des unions...* précit., p. 184. Dans ses ouvrages ultérieurs, l'éminent auteur devait du reste abandonner cette position extrême : V. *Le délit d'altération des prix*, précit., et surtout, *Le régime juridique des ententes*, précit., p. 105.

blent admettre la contradiction mais sans la résoudre (15). En vérité, on peut se demander quelle est la portée exacte en notre matière du principe de la légalité des délits et des peines et de son corollaire le principe de l'interprétation restrictive des lois pénales. Bien entendu, ce principe n'a jamais signifié que l'on doive se livrer à une analyse grammaticale et littérale des termes, ni que l'on ne puisse recourir à l'intention du législateur lorsque le texte de la loi est obscur (16). Le principe connaît dans notre droit des assouplissements raisonnables. Mais on peut douter que même dans cette mesure il soit conciliable avec la nature des textes que nous étudions.

Appliqué au problème de l'incrimination le principe de la légalité conduit à ne faire tomber sous le coup de la loi pénale que les faits qui rentrent dans la qualification légale. Mais il existe deux sortes de qualifications qui correspondent à deux sortes de délits. Dans la plupart des cas, le fait que l'on veut réprimer peut être caractérisé; il peut être saisi par l'imagination dans ses traits distinctifs : le législateur peut alors proposer une qualification du délit qui consiste en éléments constitutifs, qui sont autant de conditions nécessaires et suffisantes à l'incrimination. L'interprétation restrictive s'impose alors parce qu'elle est possible. Mais il est en revanche des faits qui échappent à l'analyse stricte et à la définition, ne serait-ce que parce que les connaissances scientifiques sont encore rudimentaires en ce qui les concerne. Le législateur doit employer alors une autre méthode de qualification : il doit opter pour une qualification souple et procéder par indications plutôt que par définition. Le principe de la légalité n'est pas battu en brèche, mais le principe d'interprétation stricte n'est plus son corollaire nécessaire. Les indications données par la loi jouent un double rôle, elles constituent des éléments objectifs de l'infraction, mais qui s'avèrent insuffisants en eux-mêmes et servent à indiquer le but visé par la loi. C'est la référence à ce but qui permettra au juge de compléter les indications objectives et de procéder à l'incrimination. Tel est le cas en ce qui concerne les faits d'ententes, dont la qualification est pratiquement impossible à réaliser dans le cadre limité d'un article du Code.

Nul doute que cette méthode d'interprétation ne soit celle suivie par la Cour suprême en 1836, puis dans sa jurisprudence ultérieure. Il suffit également de lire la phrase qui ouvre l'arrêt précité : « Attendu que l'article 419 du Code pénal a pour objet d'assurer la libre et naturelle concurrence des opérations commerciales ». La remarque

(15) Selon M. AMIAUD, cette interprétation « heurte peut-être un peu le principe d'interprétation stricte qui s'impose au regard d'un texte pénal » (*Les nouvelles formes d'ententes... précit.*, p. 194). De même, BIRAGUE D'APREMONT (*L'accaparement... précit.*) qui estime cette interprétation du mot marchandise admissible (p. 82), mais n'hésite pas à écrire (p. 85) : « Etant admis que l'interprétation en matière pénale doit être restrictive... »

(16) BOUZAT, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, Paris, 1951, p. 67; — BROUCHOT, *Pratique criminelle des cours et tribunaux*, Paris, 1948, p. 11; — DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel*, 3^e éd., Paris, 1947, p. 55; — P. COSTE-FLORET, *L'interprétation des lois pénales* : *Rev. de science crim.*, 1937, p. 4 et s.

reste tout aussi vraie, aujourd'hui tant à l'égard de l'article 419 que de la nouvelle législation relative aux ententes.

55. — Cet enseignement de la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation relative à l'article 419 peut paraître évident. En réalité il n'a pas été unanimement suivi. Une partie de la doctrine a cherché à donner un cadre rigide à une solution que la Haute Juridiction avait voulu placer sous le signe de la souplesse. En effet, après avoir décidé que l'article 419 s'applique à tout ce qui est l'objet des spéculations du commerce, la Cour de cassation a pu ranger le transport dans cette dernière catégorie *en remarquant que l'article 632, 2° du Code de commerce en fait un acte de commerce*. De même, pour l'assurance qui est visée par l'article 633, 5° du Code de commerce. On a donc proposé de considérer comme marchandises, au sens de l'article 419, tout ce qui est l'objet d'un acte de commerce selon les articles 632 et 633 du Code de commerce et, réciproquement, d'exclure de l'application de ce même article les objets qui ne peuvent pas être rattachés à un acte de commerce (17).

Ce raisonnement qui possède le mérite indéniable d'aboutir à un critère simple des activités auxquelles la disposition pénale est applicable, conduit à des conséquences différentes de celles qu'entraîne le critère de l'économie de marché. Il convient donc de l'examiner.

La Cour de cassation a pu découvrir dans l'acte de commerce un élément de rattachement à la notion de spéculation du commerce. Doit-il s'en suivre que les deux notions coïncident? Et, au cas où elles ne coïncideraient pas, la notion d'acte de commerce doit-elle être préférée à celle moins élaborée de spéculation?

Le problème a été soulevé notamment à propos des immeubles. On a soutenu que, puisque les opérations immobilières ne sont pas des actes de commerce, elles ne peuvent pas tomber sous le coup de l'article 419 (18). Mais d'autres auteurs ont fait observer que les termes spéculations du commerce devaient, conformément à l'esprit qui anime

(17) MAZEAUD, *Le régime juridique des ententes...* précit., p. 108.

(18) Dans ce sens, MAZEAUD, *Le régime juridique des ententes...* précit., p. 108, qui invoque à l'appui de sa thèse deux arguments supplémentaires. D'une part, l'arrêt de la Cour de Paris du 16 mai 1939 (S. 1839, 1, 721) qui admet l'interprétation restrictive du mot marchandise en ne l'appliquant qu'à des choses corporelles et mobilières. L'arrêt invoqué a été cassé par la Chambre criminelle le 9 août 1839 sur le seul motif que l'art. 419 est applicable à des biens incorporels, mais sans que la Cour de cassation se soit prononcée expressément sur leur caractère mobilier ou immobilier. Ce silence gardé par la haute juridiction n'en rend pas moins suspect, pensons-nous, l'arrêt de la Cour de Paris. D'autre part, la rédaction de l'art. 6 de la loi du 23 octobre 1919 qui avait étendu aux spéculations sur les loyers la loi du 20 avril 1916 frappant des peines de l'art. 419 la spéculation sur les marchandises. Que cette extension législative eût été jugée nécessaire, apportait la preuve que les opérations immobilières ne rentraient pas dans la notion de marchandise. Ce dernier argument n'est pas totalement convainquant, car la loi de 1919 vise les spéculations sur les loyers et non pas d'une manière générale toute spéculation sur les immeubles. Or, il est admis que le contrat de bail n'a pas normalement un caractère spéculatif (HAMEL et LAGARDE, *Traité*, p. 215), de sorte qu'il manque plutôt en ce qui le concerne l'élément de spéculation exigé par la jurisprudence pour l'application de l'art. 419, mais cet aspect spéculatif était réapparu à la faveur des circonstances de guerre.

la jurisprudence, être entendus dans un sens large. Les spéculations immobilières, font-ils remarquer, peuvent être des plus dangereuses pour l'intérêt public et elles ne doivent pas échapper aux sanctions prévues par la loi (19). Cette remarque apparaît d'autant plus vraie aujourd'hui que l'exclusion du domaine commercial de toutes les opérations accomplies sur des immeubles n'apparaît plus comme une règle absolue (20).

56. — Il faut pourtant aller plus loin et rechercher si, d'une manière générale, le critère d'économie de marché se confond avec celui de la commercialité. La relation entre les deux notions se justifierait peut-être à première vue. En fait une analyse plus précise montre qu'elle ne peut être admise. L'idée d'utiliser la notion d'acte de commerce comme critère de rattachement au domaine des spéculations du commerce étant tentante. Ce fut sans doute celle de la Cour de cassation lorsqu'elle rendit ses premiers arrêts en la matière, et à l'époque elle était vraisemblablement juste. Mais le critère de la commercialité a subi depuis des développements légaux et jurisprudentiels tels, qu'il est aujourd'hui inutilisable pour l'application de l'article 419 : il est à la fois trop large et trop étroit. Il est trop large, car il ne saurait être question ici d'utiliser la catégorie des actes de commerce par leur forme. Si l'on se réfère au critère traditionnel d'application de l'article 419, il apparaît abusif de considérer des actes de commerce par leur forme comme constituant par eux-mêmes des opérations de spéculation. Et si l'on admet le critère des secteurs soumis à l'économie de marché, on ne peut pas décider que toute activité poursuivie par une société anonyme, par exemple, s'effectue dans le cadre d'une telle économie. Le critère de la commercialité est d'autre part trop étroit pour satisfaire aux exigences de l'article 419 : il existe des opérations qui manifestement ne constituent pas des opérations commerciales et que l'on peut cependant qualifier de spéculations : par exemple, les achats et ventes d'immeubles non bâtis. De même de tels actes peuvent être placés sous le signe de l'économie de marché. Ainsi en est-il de l'important secteur de l'agriculture dont les activités ne constituent jamais des actes de commerce (21), mais qui, en revanche, peuvent fort bien prendre place dans un système d'économie de marché. Ainsi, par exemple, il n'est nullement exclu qu'une coopérative agricole puisse être partie à une entente.

Du reste, la théorie du rattachement de l'article 419 aux seules activités commerciales a été implicitement écartée par la jurisprudence qui n'a pas hésité à appliquer la disposition pénale à l'exploitation des

(19) AMIAUD, *Les nouvelles formes d'ententes...* précit., p. 195, note 2.

(20) HAMEL et LAGARDE, *Traité*, p. 213. — RIPERT et ROBLOT, *Traité*, T. I, p. 86, n° 158.

(21) RIPERT et ROBLOT, *Traité*, T. I, p. 92, n° 177 et s.

eaux minérales (22). De même, en 1916 puis en 1940 (23), la Cour de cassation a appliqué l'article 419 à des syndicats d'exploitants agricoles.

Toutes ces observations vont dans le même sens : elles montrent que les développements jurisprudentiels de la notion d'acte de commerce, développements qui font apparaître des frontières souvent subtiles et difficilement admissibles, ne peuvent correspondre ni à la notion de spéculation du commerce, ni à son équivalent moderne d'opérations réalisées au sein d'une économie de marché. Il est vrai que la doctrine commercialiste moderne, sensible à l'aspect quelque peu chaotique de la théorie des actes de commerce à cherché une notion unitaire à la base de tous ces actes. Mais, même sur le plan doctrinal, la difficulté reste grande d'assigner au droit commercial et aux règles de concurrence un champ d'application identique (24).

Finalement, à choisir entre les deux critères d'application on ne saurait hésiter. Le critère de l'économie de marché doit être préféré. C'est bien l'orientation que la Cour de cassation a voulu donner dès les premiers arrêts. Sans doute les conceptions ont-elles changé depuis cette époque. La législation économique a pris un développement que les auteurs des premières décisions ne pouvaient pas même soupçonner

(22) Dans son arrêt du 27 mars 1866 (*S.* 66, 1, 211), la Chambre des requêtes avait décidé qu'une telle exploitation a le caractère civil. Or, la Cour de Lyon, dans ses deux arrêts du 9 mai 1893 (*G.P.*, Tables quinq. 1892-97, V° Liberté commerciale, n°s 196 et s.) et du 21 avril 1896 (*S.* 1896, 2, 164) n'a pas hésité à condamner par application de l'art. 419 C. pén. des coalitions qui réunissaient les principaux propriétaires ou concessionnaires de sources et les débitants d'eau minérale. A supposer que les revendeurs fussent des commerçants, les propriétaires de sources n'en étaient certainement pas.

(23) *Crim.* 14 déc. 1916 : *S.* 1917, 1, 65, note ROUX ; — *Crim.* 6 nov. 1940 : *G.P.* 1940, 2, 209. — Dans le même sens, Bordeaux 14 déc. 1926 : *G.P.* 1927, 1, 502.

(24) Le doyen Ripert a tenté de mettre l'accent sur le critère de la profession. Renversant le système élaboré au cours du XIX^e siècle, il a essayé de montrer que sont actes de commerce les actes accomplis par les commerçants dans l'exercice de leur profession, et, en outre, quelques actes accomplis par des non-commerçants. Sans reprendre ici les critiques solides qui ont été adressées à cette théorie, il nous suffira de relever qu'en ce qui concerne notre sujet, il s'avère impossible d'utiliser un tel critère pour coiffer à la fois l'activité commerciale et l'activité économique dans le cadre d'un marché concurrentiel. La profession est caractérisée par l'aspect habituel et principal de l'activité : or, on peut être spéculateur sans être commerçant. Des opérations qui sont effectuées occasionnellement par un particulier sur des valeurs mobilières n'ont pas la qualité de commerciales ; elles n'en constituent pas moins des actes de spéculation et l'art. 419 peut leur être applicable.

Une autre partie de la doctrine a cherché le critère de commercialité dans des notions purement économiques : on se rapproche par ce biais du critère d'application de l'art. 419. Mais la notion d'*entreprise* qui est utilisée (ESCARRA et RAULT, *Traité*, T. I, n° 103) englobe l'idée de profession et l'obstacle que nous avons soulevé précédemment apparaît ici encore. Enfin, on a voulu voir dans l'acte de commerce un acte qui revêt le double caractère de *spéculation et de circulation* (HAMEL et LAGARDE, *Traité*, T. I, p. 174). Il est certain que ce critère de la commercialité, purement économique dans son fondement, est très proche du critère d'application de l'art. 419. Malheureusement, il s'écarte trop de l'état de notre droit positif. Un tel critère, s'il était admis, aurait l'immense avantage d'unifier les domaines d'application du droit commercial et des dispositions relatives à la concurrence, quitte à apporter certaines corrections de détail. En fait, on doit reconnaître qu'il reste à l'état de tentative purement doctrinale.

et le principe de la libre concurrence n'a plus aujourd'hui la portée systématique que l'on aurait voulu lui attribuer alors. La conception que l'on se fait de la concurrence a également évolué. Mais le principe reste vrai dans la généralité de ses termes : l'article 419 s'applique à tout ce qui est l'objet des spéculations du commerce, *c'est-à-dire à toutes les activités qui, dans l'ordre économique, sont soumises au régime de l'économie de marché.*

B. — Le domaine d'application des articles 59 *bis* et suivants de l'ordonnance 45-1483 du 30 juin 1945

57. — En face de la généralité d'application des articles 59 *bis* et suivants, telle que nous l'avons précédemment mise en évidence, le critère tiré du régime d'économie de marché conduit à distinguer entre deux sortes d'exceptions, celles qui sont en harmonie avec les conséquences de ce critère et celles qui en sont indépendantes.

En premier lieu, l'ordonnance 45-1483 et quelques textes spéciaux prévoient expressément un certain nombre d'exceptions à l'application de l'ordonnance relative aux prix. Mais, comme nous l'avons relevé, les exceptions totales sont pratiquement inexistantes. Mis à part deux cas très particuliers que l'on est tenté de considérer comme des anomalies, il s'agit des opérations commerciales réalisées sur les véhicules d'occasion et de la fourniture de courant électrique, il n'existe que des exceptions partielles à l'ordonnance 45-1483. Cela signifie que les secteurs économiques qui sont l'objet de ces exceptions échappent aux règles de taxation posées par l'ordonnance mais qu'ils relèvent néanmoins de cette dernière lorsqu'il s'agit de qualifier les diverses infractions, en particulier celles qui sont assimilées à la pratique de prix illicite. De même, l'ordonnance 45-1484 relative à la constatation, la poursuite et la répression des infractions leur est applicable. Il en est ainsi, par exemple, des transports fluviaux et des transports publics routiers de marchandises. De sorte que le critère de l'économie de marché corrobore les conclusions déduites des purs critères textuels : la généralité d'application des articles 59 *bis* et suivants se justifie pleinement. Elle rejoint cette idée que l'économie de marché réalise le régime normal des activités économiques et que la législation relative aux ententes constitue l'une des garanties de ce régime. Corrélativement, la loi ou le règlement qui fait sortir une activité de production ou de prestation de services de l'application des articles 59 *bis* et suivants doit être d'interprétation stricte.

En second lieu, les termes *produits et services* qui commandent l'application de l'ordonnance 45-1483 conduisent à exclure les opérations de pure spéculation et celles qui sont effectuées sur des valeurs mobilières. On observera que cette exclusion n'est nullement dictée par le critère de l'économie de marché, bien au contraire. Les opérations sur les valeurs mobilières, et d'une manière plus générale les activités de spéculation, se réalisent normalement dans un cadre concurren-

rentiel. Mais elles échappent à l'application des articles 59 *bis* et suivants. Ainsi, le domaine d'application de ces articles apparaît comme étant plus étroit que celui qui est dicté par le critère de l'économie de marché. Cela confère à la réglementation des ententes dans l'ordonnance 45-1483 un caractère original. Les opérations de pure spéculation qui se situent au stade de l'échange, se distinguent des opérations de production et de prestation de services qui supposent une création d'utilité nouvelle. On voit alors apparaître la différence d'esprit qui sépare l'article 419 du Code pénal des articles 59 *bis* et suivants; le premier en visant toutes les opérations qui font appel, totalement ou partiellement, à l'idée de spéculation possède un domaine d'application plus étendu.

§ 2. — *Les difficultés d'interprétation communes à l'ensemble de la législation française des ententes*

58. — C'est ici que le critère de l'économie de marché constitue, semble-t-il, un apport véritablement nouveau. En effet, on est en droit de penser que, d'une manière générale, la réglementation propre aux ententes ne trouve plus à s'appliquer lorsque par le jeu de circonstances diverses le fonctionnement de l'économie de marché se trouve paralysé. Ces circonstances peuvent être de deux ordres. Elles peuvent, d'une part, tenir au régime des prix : soit que la nature particulière des biens échangés ou des services fournis interdise la formation d'un véritable prix d'équilibre, soit que la puissance publique fixe arbitrairement les prix à un certain niveau. Elles peuvent tenir, d'autre part, à l'intervention de l'Etat dans l'organisation de certains secteurs professionnels, intervention qui peut restreindre dans une mesure considérable la liberté d'action des producteurs ou des prestataires de services. Ce sont ces deux ordres de conséquences qu'il faut examiner successivement.

A. — *Les difficultés qui naissent du régime des prix*

59. — Ces difficultés avaient déjà été soulevées au XIX^e siècle à propos de l'application de l'article 419. Mais il est évident qu'elles ont un aspect assez général pour être posées au regard de toute législation des ententes.

Dans son arrêt du 9 décembre 1836 précité, la Chambre criminelle avait admis que l'article 419 s'appliquait à tout ce qui est l'objet des spéculations du commerce et elle avait ajouté « et qui a un *prix* courant habituellement *déterminé par la libre et naturelle concurrence* du trafic dont il s'agit... ». Cette formule revêt deux aspects.

60. — 1° La nécessité d'un *prix courant*, posée par l'arrêt de 1836, n'a pas été reprise par la Cour de cassation dans ses arrêts ultérieurs. Dès 1839 (25), elle supprime le mot courant; il semblait que la consi-

(25) Cass. Crim. 9 août 1839, précit. — De même, Cass. Crim. 16 mai 1845, précit.

dération de cette caractéristique du prix fût abandonnée. Cependant, deux arrêts de la Cour de Paris, en dates des 14 janvier 1902 et 15 décembre 1904 (26), tranchèrent en sens contraire, en maintenant l'exigence d'un cours pour les biens en cause. Dans la première affaire, le Syndicat des libraires de France et le Syndicat des éditeurs s'étaient entendus pour fixer un prix de revente qu'ils imposaient aux détaillants. L'un de ces derniers qui n'avait pas respecté le prix imposé et avait été victime, à titre de pénalité, d'un refus d'approvisionnement, s'était constitué partie civile. Le Tribunal correctionnel de la Seine puis la Cour de Paris refusèrent d'appliquer l'article 419 à l'entente. Selon le Tribunal correctionnel, dont les motifs furent repris par la Cour, « les éditeurs ayant chacun leur spécialité, les livres édités par eux gardent leur individualité ». Par suite, « ces marchandises n'étant pas l'objet de la libre concurrence, échappent presque complètement à la loi de l'offre et de la demande, et il n'existe pour les livres ni marché, *ni cours* ». La seconde affaire se présentait sous des traits analogues mais à propos de spécialités pharmaceutiques. « Considérant, dit la Cour, qu'il n'y a pas de cours proprement dit pour les diverses spécialités; que chaque fabricant participant à l'arrangement dont il s'agit établit lui-même, fixe le prix auquel il entend vendre la spécialité portant la marque et conservant son individualité; qu'il ne s'agit pas d'une marchandise ou denrée susceptible d'aucun cours; que la spécialité, comme il a été expliqué ci-dessus, étant la propriété d'un seul, n'est pas un objet de libre concurrence; ... ».

Le débat n'est pas sans intérêt car si l'on exige l'existence d'un cours, on ne pourra retenir au titre des marchandises que les biens et les services fongibles. Au contraire, si l'on s'en tient à la notion plus large de prix, l'article 419 pourra s'appliquer à des biens et des services qui présentent une certaine individualité et dont le prix se détermine entre l'acheteur et le vendeur seuls et non pas par le jeu de l'offre et de la demande globales sur le marché. La jurisprudence inaugurée par les deux arrêts de la Cour de Paris aurait pu avoir ainsi pour effet de limiter singulièrement l'application de la disposition pénale. Elle a été à ce titre sévèrement critiquée par la doctrine (27).

En réalité, à bien lire le texte des arrêts, on se rend compte que la Cour ne se réfère pas à titre principal à la nécessité d'un cours. « Considérant, dit la Cour dans son arrêt de 1902, que (les faits prévus

(26) *D.* 1903, 2, 297, note PERCEROU; *D.* 1905, 2, 362, consultation de L. RENAULT.

On remarquera en outre que l'exigence d'un prix courant se retrouve dans quelques arrêts rendus à propos de l'art. 10 de la loi du 20 avril 1916 qui édictait des pénalités par référence à l'art. 419 C. pén. Mais on a fort justement montré (MAZEAUD, *Le problème des unions...* précit., p. 195) que cela s'expliquait par la différence de rédaction de la loi de 1916 qui punissait la hausse « au-dessus des cours » et non comme l'art. 419 « au-dessus des prix ». — V. Paris 24 mai 1922 : *G.P.* 1921, 1, 756; — Cass. crim. 3 juin 1923 : *G.P.* 1923, 2, 39; *S.* 1923, 1, 329, note ROUX; *D.* 1923, 1, 129, note LELAIR.

(27) MAZEAUD, *Le problème des unions*, précit., p. 192 et s. — AMIAUD, *Les nouvelles formes d'ententes*, précit., p. 296 et s. — PERCEROU, note sous Paris 14 janv. 1902, précit.

et punis à l'article 419 du Code pénal) s'appliquent uniquement à des opérations de nature à produire réellement une hausse ou une baisse sur des marchandises dans des conditions et à l'aide de manœuvres énumérées par cet article, faussant ainsi le prix des marchandises qui doit être déterminé par le libre jeu de l'offre et de la demande; que cet article ne trouve donc aucune application dans les faits incriminés... » C'est donc seulement parce que ces marchandises ne sont pas soumises à la loi de l'offre et de la demande qu'elles n'ont pas de cours proprement dit et c'est l'existence d'un prix déterminé par la concurrence qui reste la seule nécessité. Or il est évident que les rédacteurs des arrêts commettent une erreur d'optique : ils se réfèrent implicitement à un schéma de concurrence parfaite qui ne saurait être retenu. Il est faux que le prix des seuls produits fongibles soit déterminé par la concurrence parce que ces produits seraient seuls susceptibles d'être l'objet d'une offre globale. Ils ont raison de se référer à la notion de marché mais leur conception du marché est fautive. Bien que le produit en cause soit relativement individualisé, le vendeur n'est pas maître du prix. C'est en réalité tout le problème des biens de substitution qui se pose et par là, la notion même de marché. C'est ce qu'avait déjà remarqué l'annotateur de l'arrêt de 1902 lorsqu'il relevait que ce que veut la loi, « c'est qu'il existe entre les produits, objet de l'entente, une analogie telle que le cours des uns influe fatalement sur le cours des autres, c'est qu'il y ait entre eux un rapport tel que la fixation d'un prix de vente déterminé pour les uns ait pour conséquence d'obliger les détenteurs des autres à les vendre à un prix identique ou du moins très voisin » (28).

Un argument de texte, enfin, a pu influencer les deux décisions de la Cour de Paris. L'article 419 dans son ancienne rédaction avait pour objet les ententes entre « les principaux détenteurs d'une même marchandise », et l'interprétation proposée conduisait à prendre ces termes à la lettre : il devait s'agir des principaux détenteurs de marchandises strictement identiques. Cet argument est sans valeur aujourd'hui puisque l'article 419 dans sa nouvelle rédaction ne contient plus cette exigence. L'interprétation large adoptée par la Cour de cassation dans les motifs des arrêts postérieurs à 1836 reste donc pleinement justifiée. Les membres de l'entente peuvent exercer des activités portant sur des biens objectivement différents, pourvu qu'ils ressortissent au même marché, au sens économique du terme (29). Cette notion de marché est en définitive une question de fait livrée à l'appréciation souveraine des juges du fond.

(28) PERCECQ, note précit.

(29) Ce problème est connu sous le nom de « dimension-produit » du marché. V. en part. PRIEUR, *Contribution à l'étude de la concurrence sur le marché* : *Rev. trim. dr. com.*, 1960, p. 501; — KRONSTEIN, MILLEUR, SCHWARTZ, *Modern American Antitrust Law*, New York, 1958, p. 28, p. 52 et s. — Dans son arrêt *U.S. v. E.I. du Pont de Nemours et Co* (351-US-377, 1956), la Cour suprême des Etats-Unis a estimé que le marché à considérer englobe les produits « raisonnablement interchangeables ».

Le critère tiré de l'économie de marché vient tout naturellement à l'appui de cette jurisprudence traditionnelle. Rappelons à cet égard que selon le critère proposé, les secteurs économiques qui pour différentes raisons se sont placés sous le signe de l'économie de marché doivent être *a priori* exclus de l'application des textes. *Pour qu'une activité tombe sous le coup de la législation relative aux ententes, il est donc de nécessité élémentaire que cette activité s'exerce dans le cadre d'un marché* : c'est-à-dire que les biens ou les services offerts au terme de cette activité soient *comparables* et *substituables* à d'autres biens ou services dans une mesure telle que des considérations de prix ou de qualité puissent justifier le déplacement du choix du demandeur de l'un à l'autre de ces biens ou services. Ainsi est-on conduit à généraliser la solution qui s'imposait sous l'empire de l'article 419. On peut l'étendre au problème de l'application des articles 59 *bis* et suivants de l'ordonnance 45-1483 (30). La conséquence ne saurait être négligée, il faut exclure de l'application des textes tous les services à propos desquels l'*intuitus personæ* joue un rôle déterminant dans le choix du prestataire ou du bénéficiaire. De sorte que le domaine des professions libérales doit échapper à la réglementation des ententes économiques. Mais il faut que ce rôle joué par la considération des qualités personnelles soit principal et déterminant. Il ne suffirait point que les qualités en question figurent parmi d'autres motifs du choix, car en fait il est rare que l'*intuitus personæ* soit totalement absent dans la conclusion d'une affaire commerciale.

61. — 2° L'existence d'un marché est donc une nécessité élémentaire, mais il ne s'agit pas de n'importe quelle forme de marché. La formule de notre jurisprudence traditionnelle prend ici toute sa valeur : le prix doit être *habituellement déterminé par la concurrence du trafic dont il s'agit*. En un mot, le marché doit être concurrentiel. Doivent donc échapper à l'application des textes relatifs aux ententes, les produits et les services dont le prix est soustrait au mécanisme du marché concurrentiel. En fait, ce sont ceux dont le prix est fixé arbitrairement par la volonté de la puissance publique. On peut se trouver à ce sujet en face de deux situations différentes.

62. — Dans une première hypothèse, la loi fixe la valeur même du produit ou du service : il n'en pourra pas avoir d'autre. Le jeu du mécanisme concurrentiel est alors totalement écarté et il ne saurait y avoir de doute en ce cas : l'article 419 du Code pénal aussi bien que les articles 59 *bis* et suivants de l'ordonnance sur les prix, sont inapplicables. Ainsi, les billets de banque échappent à toute spéculation. Dans une espèce curieuse dont la Chambre criminelle eut à connaître en 1915 (31), un individu n'avait consenti à accepter des billets de

(30) Dans ce sens, MM. BARBRY et PLAISANT, qui estiment que l'art. 59 *bis* s'applique « quels que soient les biens ou les prestations faisant l'objet de l'action incriminée, dès lors qu'il existe un marché soumis en droit à la libre concurrence et qu'il y a un prix » (*Libre concurrence et ententes industrielles, Décret du 9 août 1953* : *D.* 1954, chr., p. 67).

(31) Cass. Crim. 21 janv. 1915 : *D.* 1919, 1, 82.

la Banque d'Algérie que pour une valeur inférieure à leur montant nominal; le pourvoi soutenait qu'il y avait dans cet agissement un moyen frauduleux d'opérer la baisse des effets publics. La Cour de cassation repoussa cette prétention au motif que l'intéressé n'opérait pas « la baisse de ces billets, puisque la valeur en est fixée par la loi et se trouve ainsi placée en dehors du jeu de la concurrence naturelle et libre du commerce ». En réalité, l'inculpé était passible des pénalités édictées par l'article 475-11° du Code pénal (32).

La même solution doit être retenue en ce qui concerne les biens dont la production ou la vente est monopolisée par l'Etat. Ce dernier étant seul vendeur fixe unilatéralement le prix de ces biens, il n'y a pas de place pour le jeu de l'offre et de la demande. Il en est ainsi en France pour le tabac. Le tribunal correctionnel de Toulouse, le 29 janvier 1919, ne l'avait pas admis (33) car selon lui, une telle marchandise peut être susceptible d'accaparement et motiver l'application de l'article 419 du Code pénal. On peut se demander cependant à quoi peut tendre l'accaparement dans ce cas, puisque la raréfaction de l'offre, à condition encore qu'elle soit réalisable en fait, ne peut conduire à une hausse des prix. De sorte que, à propos d'une affaire analogue, la Cour de cassation, le 28 janvier 1921, a estimé que le tabac ne pouvait pas constituer une marchandise au sens de l'article 419 (34). Selon la Cour, « les opérations effectuées par les débitants sur une marchandise dont la vente, comme celle du tabac, loin d'être libre, est soumise au monopole de l'Etat, ne sauraient produire la hausse de cette marchandise ». La solution doit être étendue à tous les biens et services pour lesquels l'Etat, ou une collectivité publique, dispose d'un monopole. Elle doit l'être également aux services concédés. A titre d'exemple, le prix du transport sur une ligne d'autobus urbains échappe manifestement au jeu de la concurrence.

L'arrêt précité avait été rendu en application de la loi du 20 avril 1916 sur la spéculation illicite (35). Ne semble-t-il pas en contradiction avec la jurisprudence de la Cour de cassation qui admettait à la même époque que la loi de 1916 pouvait s'appliquer aux marchandises taxées (36). On peut penser en effet que, comme le produit de monopole, le produit taxé est soustrait par la loi au mécanisme concurrentiel. En réalité, les deux situations sont différentes.

63. — Dans la deuxième hypothèse, celle de la taxation des prix, l'Etat est étranger au marché : contrairement au cas du produit de

(32) Aujourd'hui, art. R-30-11° C. pén.

(33) *G. P. Tables* 1912-1920, V° Liberté commerciale, n° 415.

(34) *S.* 1922, 1, 389. Le respect du prix de vente du tabac est assuré par l'art. 10 de la loi du 4 avril 1947, qui considère comme délit de pratique de prix illicites au sens de l'ordonnance 45-1483 toute inobservation des prix des produits de monopole.

(35) Sur les rapports entre cette loi et l'art. 419 C. pén., v. *supra*, p. 29, note (11).

(36) Cass. crim. 29 mars 1919 : *G.P.* 1919, 2, 223; — 17 juill. 1919 : *Bull. crim.* n° 80; — 19 juill. 1919 : *G.P.* 1919, 2, 223; — 10 mars et 12 juill. 1922 : *S.* 1922, 1, 389.

monopole, la situation ne fait pas apparaître l'Etat dans la position d'offreur. La puissance publique dont l'action est étrangère aux composantes du marché fixe officiellement les prix. Cette circonstance suffit-elle à écarter le régime d'économie de marché ? Pour les théoriciens de l'économie, le critère est insuffisant : en fait il faut distinguer le *prix officiel* de la *taxe*. Il n'y a taxe que lorsque la volonté des pouvoirs publics contrecarre l'équilibre qui serait résulté du marché : seule la fixation d'un prix minimum lorsque l'équilibre se serait situé au-dessous de ce prix ou d'un prix maximum lorsque l'équilibre se serait situé au-dessus de ce prix, constitue une véritable taxe. Si, au contraire, le prix officiel coïncide avec l'équilibre résultant du marché, ou si le prix d'équilibre s'est situé au-dessus du prix minimum ou au-dessous du prix maximum, il n'y a pas à proprement parler de taxe : les tendances du marché ne sont pas battues en brèche par la volonté des pouvoirs publics (37). Il faudrait donc examiner, en fait, dans chaque cas particulier si la loi de l'offre et de la demande peut jouer.

Cette dernière position a été adoptée traditionnellement par la jurisprudence, en face des prix taxés par l'autorité municipale. En 1841, la Cour de cassation estime, contrairement à l'opinion des premiers juges, que l'article 419 du Code pénal peut s'appliquer aux bouchers d'une commune, car « l'autorité municipale, quand elle exerce le pouvoir que l'article 30 de la loi du 22 juillet 1791 lui attribue de taxer la viande de boucherie, ne fait que régler et fixer légalement sa valeur, suivant l'usage, d'après les prix déterminés par la libre et naturelle concurrence du commerce » (38). Ainsi, dans cette hypothèse, le prix officiel ne constituerait pas une véritable taxe, au sens économique. Le problème devait apparaître plus nettement, et sous une forme plus moderne, à l'occasion de l'application de l'article 10 de la loi du 20 avril 1916. Cette loi édictait en effet à la fois la répression de la spéculation illicite et la possibilité de taxer par décret les prix de certaines denrées. Les commerçants accusés de spéculation illicite, au sens de cette loi, arguaient pour leur défense que toute spéculation consistait essentiellement à provoquer une hausse au-dessus des cours qu'aurait déterminés la concurrence et que cette possibilité se trouvait exclue par l'existence d'une taxation. La Cour de cassation rejeta à plusieurs reprises l'argumentation. Elle fit appel à deux motifs qui à première vue semblent être du même ordre, mais qui en réalité se distinguent par une nuance importante.

Dans certains de ses arrêts, la chambre criminelle prit argument de la rédaction de l'article 10 de la loi précitée (39). Le deuxième alinéa

(37) BAUDIN, *Traité*, T. II, *La politique des prix*, par M. CLUSEAU, p. 200 et 201. Pour l'auteur, « c'est la discordance entre le but recherché par le pouvoir intervenant et les tendances spontanées du milieu économique qui fait qu'un prix officiel est une taxe ou non ». — J. MARCHAL, *Cours précit.*, T. I, p. 822 et s. L'auteur critique les conséquences que l'on tire ordinairement de cette analyse, mais n'en conteste pas le bien-fondé.

(38) Cass. crim. 3 juill. 1841 : *S.* 1841, 1, 702.

(39) Cass. crim. 29 mars 1919 : *G.P.* 1919, 2, 223 ; — Cass. crim. 10 mars 1922 : *S.* 1922, 1, 389 (1^{re} espèce).

prévoyait une aggravation de la peine lorsque la spéculation illicite, dont les éléments constitutifs étaient énumérés dans le premier alinéa, s'opérait sur des denrées ou substances déterminées aux articles 1 et 12, c'est-à-dire sur des denrées soumises à la taxation. Comme l'un des éléments constitutifs du délit se trouvait dans le fait d'opérer la hausse des prix des marchandises au-dessus des cours déterminés par la concurrence, on pouvait se demander où trouver l'explication d'un texte en apparence contradictoire. Selon la Cour, il fallait la chercher dans ce fait que c'est « la taxe elle-même qui détermine le *prix normal* au-dessus duquel la hausse aura été opérée ». Ainsi, la taxe s'établirait, pour reprendre les termes de la loi, au cours « qu'aurait déterminé la concurrence naturelle et libre du commerce ». La Cour de cassation édictait une véritable présomption selon laquelle le prix officiel coïncide avec le prix de marché. On peut donc dire que cette jurisprudence se rattachait aux décisions traditionnelles en matière de prix taxés. Il est en tout cas inutile d'insister sur la faiblesse de l'argumentation présentée. Le caractère absolument fictif et arbitraire de la présomption proposée conduit à la condamner, et l'on ne saurait la justifier sur la seule considération des circonstances de fait qui dans la réalité ont pu motiver la décision de la Haute Juridiction.

Dans d'autres arrêts, au contraire, la Cour de cassation eut recours à une interprétation sensiblement différente de l'article 10 de la loi de 1916 (40). « La taxe, dit-elle, ne fixe que le prix maximum auquel il est permis de vendre; le cours *normal* est celui qui résulte de la concurrence naturelle et libre du commerce; ce cours normal peut être inférieur au prix de la taxe, dès lors que le libre jeu de la concurrence a pu s'exercer... » Ainsi, le cours normal n'est plus, dans cette interprétation, le prix fixé par la taxe.

Au-delà de ces contradictions, les deux tendances de la jurisprudence n'étaient pas inconciliables. L'article 10 frappait d'une part le dépassement des prix taxés et, d'autre part, les spéculations illicites lorsque le cours d'équilibre du marché s'établissait au-dessous du prix taxé maximum. Seulement, en réalité, le premier agissement ne peut pas relever de la spéculation illicite, *stricto sensu*. L'appréciation des deux sortes d'agissements obéit à des règles différentes : simple en ce qui concerne la première, elle est complexe lorsqu'il s'agit de la seconde. Elle répond à deux réglementations qui sont différentes par leur esprit, la réglementation des prix et la protection de la concurrence. Quoi qu'il en soit, on voit se dessiner l'idée que la coexistence des deux réglementations est possible.

Cette idée selon laquelle la taxation n'aboutit pas au prix normal mais a seulement pour effet de fixer un prix maximum ou minimum a été reprise par la Cour de cassation en 1952. Des arrêtés préfectoraux avaient fixé au cours de l'année 1948 les prix que ne devaient pas dépasser les livraisons de charbon faites par les détaillants de la Loire-Inférieure. Le syndicat des détaillants en combustibles du même départe-

(40) Cass. crim. 22 juill. 1922 : *S.* 1922, 1, 389 (2^e espèce).

tement avait, d'autre part, établi un tarif qui correspondait aux prix officiels et au-dessous duquel les membres du syndicat ne devaient pas descendre. Plusieurs détaillants qui ne s'étaient pas soumis au tarif, se virent frappés de mesures de rétorsion, en particulier de refus d'approvisionnement, par les autres membres du syndicat. Dans son arrêt du 13 mars 1952 (41), la Cour de cassation estima que l'action du président du syndicat tombait sous le coup de l'article 419 du Code pénal (42). Selon l'argumentation soutenue par la défense, l'article 419 était inapplicable à l'espèce car il ne pouvait y avoir délit dans le fait de s'en tenir aux prix fixés par l'administration. D'un autre côté, il n'y avait pas pratique de prix illicites au sens de l'article 36-1° de l'ordonnance 45-1483 du 30 juin 1945, puisque les prix-limites avaient été respectés. Pour la Cour de cassation, au contraire, « les prix-limites étaient des prix maximum au-dessous desquels la valeur des marchandises devait rester fixée par le jeu naturel de l'offre et de la demande ».

64. — Ainsi, les arrêts rejoignent la théorie économique lorsqu'ils affirment que le prix taxé, dans le sens que lui donne l'administration, n'exclut pas la possibilité d'un prix d'équilibre. Dans la mesure où ce dernier peut s'établir, l'article 419 doit recevoir application. Mais la Cour de cassation va plus loin que la théorie lorsqu'elle estime que le prix d'équilibre doit *en principe* rester au-dessous du prix maximum ou, peut-on ajouter, au-dessus du prix minimum. Cela suppose qu'il ne faut pas examiner dans chaque cas particulier, contrairement à ce que pose la théorie économique, si les tendances du marché sont ou non compatibles avec le prix officiel. C'est dire que *l'existence d'un prix taxé n'exclut jamais a priori l'application de l'article 419*. A plus forte raison, une intervention limitée et indirecte de l'Etat sur le niveau général des prix, par une action sur le taux d'escompte ou sur le volume monétaire, par exemple, ne saurait justifier le refus d'appliquer la disposition pénale. La formule de la Cour de cassation doit être adaptée aux nécessités modernes. C'est au concept de concurrence tel qu'il est aujourd'hui généralement admis qu'il faut se référer : l'existence d'une économie de marché n'est pas incompatible avec une certaine intervention de l'Etat, au contraire. Il semble, en revanche, que l'existence d'un prix fixé par l'Etat d'une manière absolue et non plus à titre de maximum ou de minimum, soit incompatible avec le fonctionnement de l'économie de marché : l'application de l'article 419 doit alors dans ce cas être écartée d'emblée.

Enfin, le critère tiré de l'existence de l'économie de marché conduit à généraliser les solutions rendues sur la base de l'article 419 du Code

(41) Cass. crim. 13 mars 1952 : D. 1952, 383; J.C.P. 52, II, 7109, note ESMEIN; S. 1952, I, 193, note HÉMARD.

(42) C'est au titre des moyens frauduleux visés à l'art. 419-1° que le président du syndicat avait été condamné par les juges du fond. On aurait pu invoquer tout aussi bien l'art. 419-2°, car en l'espèce, il y avait entente entre les membres du syndicat (HÉMARD, note précitée).

pénal et à les tenir pour valables lorsqu'il s'agit de l'application des articles 59 *bis* et suivants de l'ordonnance 45-1483 (43) (V. *Addendum*).

**B. — Les difficultés qui naissent de l'intervention de l'Etat
dans l'organisation de certaines professions
Le problème des exceptions virtuelles**

65. — Le régime de l'économie de marché ne peut être étendu à toutes les branches de l'activité économique, indistinctement. En fait, il existe certains secteurs à propos desquels le législateur écarte dans un but d'intérêt général le système concurrentiel. L'exclusion se traduit en général par la fixation des prix par voie de barèmes et de tarifs. Surtout, des textes légaux ou réglementaires viennent organiser profondément l'ensemble de l'activité en cause. Conformément au critère proposé, il faut alors exclure ces activités du champ d'application des textes relatifs aux ententes : les groupements qui pourraient se réaliser dans de tels secteurs et qui extérieurement pourraient revêtir l'aspect d'ententes économiques ne peuvent en aucun cas être traités comme tels. Mais, toujours selon notre critère, une telle exclusion doit résulter d'une analyse approfondie de la législation qui régit le secteur intéressé; il faut qu'apparaisse nettement la volonté du législateur d'écarter, dans le cas particulier, le régime d'économie de marché. Les secteurs économiques en cause tombent alors sous le coup d'une exception qui n'est pas expressément formulée mais qui résulte des termes de la loi et que nous qualifierons de *virtuelle*. Il convient de relever comment ce principe, d'importance fondamentale, a été implicitement consacré par la Commission technique des ententes dans l'un de ses avis. On pourra alors tenter de montrer comment un tel principe permet de résoudre plusieurs difficultés que soulève l'application des règles relatives au droit de la concurrence, en particulier lorsqu'il s'agit de savoir dans quelle mesure ce droit concerne l'activité des services publics.

66. — a) *L'avis de la Commission technique des ententes du 18 février 1956* (44). — Par lettre du 24 mai 1955, le secrétaire d'Etat aux

(43) La circulaire du 31 mars 1960, relative à l'interdiction des pratiques commerciales restreignant la concurrence (B. L. D. 1960, 262) a fait expressément application de ce principe, à propos de l'article 37-4° de l'ordonnance 45-1483. Le texte interdit la fixation d'un prix minimum et selon l'interprétation qu'en donne la circulaire, il s'applique « même si des prix ou des marges limites ont été déterminés par l'autorité publique. La concurrence doit pouvoir s'exercer librement au-dessous de ces prix limites et il y aurait infraction à conférer à ceux-ci un caractère minimum. »

(44) Commission technique des ententes, Rapports au ministre chargé des affaires économiques, pour les années 1954 à 1959, décisions ministérielles et avis de la commission correspondants, édit. des J. O., Paris, 1961, p. 20. En l'espèce, le ministre s'est rangé à l'avis de la Commission.

Sur la composition et le rôle de la CTE, v. art. 59 *quater* de l'ordonnance 45-1483, et le décret 54-97 du 27 janvier 1954. — V. en outre TOUTÉE J., art. précit.; — PLAISANT et BARBRY, art. précit. et PLAISANT et LASSIER, *Les trois premières années d'une politique des ententes* : D. 1960, Chr. XI. V. également *infra* n°s 235 et s.

affaires économiques avait demandé l'avis de la Commission sur le *Groupement des affréteurs pour les expéditions de charbon*, groupement qui réunissait, d'une part, les courtiers en transport (45) par navigation intérieure participant aux expéditions de charbon du Bassin houiller du Nord et du Pas-de-Calais et, d'autre part, les Houillères nationales qui étaient les fournisseurs de la marchandise à transporter. Il s'agissait donc de savoir si un tel groupement constituait une entente économique et, dans l'affirmative, si cette entente tombait sous le coup de la prohibition formulée par l'article 59 *bis* ou bien si elle était licite au titre de l'article 59 *ter*.

Il semblait à première vue que le groupement en cause dût constituer une entente, car il y avait bien en l'espèce existence d'une convention entre les membres, d'où découlaient des obligations de nature à porter atteinte à la concurrence entre les divers courtiers : taux de courtage fixé uniformément à 5 % du fret, interdiction d'accorder des ristournes aux chargeurs, et surtout, perception de l'ensemble des courtages par le groupement, suivi d'une répartition au prorata de l'activité de chaque membre au cours des quatre années précédentes.

Dans son avis du 18 février 1956, la Commission procède à une analyse minutieuse de l'organisation de la profession des courtiers et d'une manière plus générale, de la navigation fluviale, telle qu'elle résulte de dispositions légales et réglementaires détaillées. Elle en tire la conclusion qu'il s'agit d'un système législatif et d'une réglementation professionnelle obligatoire qui, pour des considérations sociales, tendent à éliminer toute concurrence en matière de prix.

Les griefs que l'on pouvait adresser au groupement à l'égard des règles de concurrence se rattachaient à trois points essentiels.

— Effet de hausse sur le prix de vente des transports. — Obstacle à l'abaissement des prix de revient des transports. — Limitation de l'exercice de la concurrence dans l'activité des courtiers. La Commission reprend ces trois points.

En premier lieu, la Commission observe que par le jeu combiné de la loi du 22 mars 1941 (art. 14 et 27), de l'article 3 de l'arrêté ministériel du 29 juin 1942 et d'une pratique administrative dont elle ne peut se faire juge, la possibilité d'un abaissement du prix de vente du transport se trouve exclue. En effet, le montant de ce prix est fixé par le Directeur de l'Office de la navigation et il est obligatoire : toute disposition contractuelle contraire serait nulle. Or, ce prix englobe la commission d'affrètement due au courtier et par suite, tout abaissement de tarif par ce dernier reste absolument sans incidence sur le prix total. Le taux de 5 % lui-même, taux de la commission, est appliqué sous le contrôle et avec l'autorisation du Directeur de l'ONN qui a compétence pour fixer « tous les prix figurant dans les contrats

(45) Plus généralement désignés sous le nom de courtiers de fret. Sur leur rôle, v. RODIÈRE, *Droit des transports*, Paris 1955, T. 2, p. 176 et *Etudes de droit fluvial*, ouvrage collectif publié sous la direction de M. RODIÈRE, Paris 1957, p. 116 et s. Le courtier de fret a en particulier le monopole de la représentation des tiers aux Bourses publiques d'affrètement (C. des voies navigables, art. 199).

passés à l'occasion des transports par navigation intérieure ». De sorte que le montant de la commission, à l'intérieur du prix global, ne dépend pratiquement pas de la volonté des courtiers.

En second lieu, si l'on se tourne du côté du transporteur, on constate que l'interdiction des ristournes ne peut avoir aucune incidence sur le prix de revient du transport, car cette interdiction est déjà prévue par le règlement des chambres syndicales des courtiers de fret, règlement qui est rendu obligatoire pour tous les courtiers par l'arrêté du 29 juin 1942, sous peine de sanctions. Toute possibilité de concurrence sur ce terrain est donc écartée.

Enfin, pour la Commission, le système de répartition au prorata de certaines références de base constitue le complément d'un système législatif et de la réglementation professionnelle obligatoire prise pour son application.

Pour ces différentes raisons, la Commission technique estime que le groupement en cause ne saurait constituer une entente au sens de l'article 59 *bis*. Il est intéressant de noter que ce n'est pas aux termes de l'article 59 *ter* que le groupement des affréteurs a échappé à la condamnation. Ce n'est pas parce que l'entente « résulte d'un texte législatif ou réglementaire », puisqu'elle est issue d'une convention privée, ni parce qu'elle « assure le développement du progrès économique par la rationalisation et la spécialisation ». La Commission se place à un point de vue plus général : elle n'exempte pas le groupement de l'interdiction, elle constate plus simplement qu'elle ne se trouve pas en présence d'une entente économique.

Cependant, même dans cette mesure, on pourrait faire valoir que l'avis de la Commission ne va pas sans laisser place à une certaine équivoque, car il semble bien que la conclusion soit fondée finalement sur le fait que le groupement n'a pas pour effet d'entraver le plein exercice de la concurrence en faisant obstacle à l'abaissement du prix de revient ou de vente ou en favorisant une hausse artificielle des prix, comme le requiert l'article 59 *bis*. Nous pensons, au contraire, que l'avis se rapporte à un autre point de vue, celui de l'activité des membres de l'entente. Il n'était pas nécessaire en l'espèce d'examiner si l'entente était constituée et si elle comportait des effets restrictifs sur la concurrence, il suffisait de constater, *a priori*, que le secteur dans lequel le groupement s'était formé échappait au régime d'économie de marché, par le jeu de dispositions légales et réglementaires. La nature de l'activité des participants s'opposait à la formation d'une entente économique entre eux. Et c'est bien à ce point de vue que se rangent les membres de la Commission, lorsqu'ils considèrent que la charte du groupement est « soit la conséquence directe de dispositions législatives ou réglementaires, soit la reproduction de règlements professionnels approuvés et obligatoires, soit, dans la mesure où elle résulte de l'initiative du groupement lui-même, un simple accessoire de ces législation et réglementation ». Toute l'intervention de l'Etat en cette matière s'explique par les effets désastreux qu'entraînerait un système concurrentiel dans cette branche d'activité. Le législateur

a voulu écarter le régime d'économie de marché pour des raisons non seulement sociales, comme le souligne l'avis, mais aussi économiques (46).

Evidemment, les deux points de vue ne sont pas sans présenter des rapports étroits : il ne peut y avoir effet sur la concurrence là où la concurrence est, par définition, exclue. Mais une chose est le fait qu'une entente ne puisse pas se constituer dans un secteur donné de l'économie, une autre chose le fait que les clauses d'une entente, dont l'existence est constatée, sont ou non restrictives de concurrence. Les deux aspects doivent être soigneusement distingués, car la distinction entraîne une conséquence juridique qui n'est pas négligeable. Dans le premier cas, l'examen auquel procède le juge ou l'autorité saisie est limité : il s'agit de savoir si le secteur considéré est placé ou non sous le signe de l'économie de marché. Le reste est indifférent. Si l'analyse des dispositions légales et réglementaires qui régissent le secteur révèle qu'il n'est pas soumis au principe de l'économie concurrentielle, il sera inutile de poursuivre plus avant l'examen du cas et la qualification d'entente économique devra être repoussée *in limine litis*. La charte du groupement incriminé n'aura pas même à être examinée (V. *Addendum*).

67. — b) Conséquences. — On aperçoit, à la lumière de la jurisprudence de la Commission technique des ententes, la véritable portée des exceptions virtuelles. L'avis du 18 février 1956 consacre à la fois l'existence de telles exceptions et la méthode à suivre pour les déterminer. Mais une recherche exhaustive de toutes ces exceptions s'avère en fait impossible et des conclusions satisfaisantes en cette matière ne peuvent être obtenues qu'à l'issue d'une étude approfondie, cas par cas, des secteurs économiques réglementés.

On peut en tout cas affirmer que les rapports nés du travail, et en particulier les conventions sur les salaires, font partie de ces exceptions virtuelles. Au principe de concurrence le législateur a substitué en cette matière un ensemble de dispositions qui excluent toute idée d'économie de marché. De sorte que des conventions entre employeurs pour fixer les salaires qu'ils consentiront aux travailleurs ou les conventions passées entre ces derniers ne sauraient en aucun cas constituer des ententes économiques (47). Elles sont en réalité régies par les règles du droit syndical (48).

(46) V. *Etudes fluviales*, précit., p. 113 et s.

(47) On ne saurait tenir pour actuellement valable une ancienne jurisprudence qui, avant 1884, admettait que des employeurs puissent constituer des ententes au sens de l'art. 419 C. pén. (Nancy 23 juin 1851 : *D.P.* 1853, 2, 99, qui annule une convention entre employeurs sur le fondement de la violation de l'ordre public, mais par référence implicite aux termes de l'art. 419, et Paris 24 août 1860 : *D.P.* 1860, 2, 59 au sujet d'une convention entre salariés).

(48) Aux USA, ce n'est pas sans de nombreuses hésitations qu'un principe analogue a enfin été admis. Dès 1893, le Sherman Act fut appliqué aux syndicats ouvriers et l'on peut même dire que c'est en cette matière qu'il reçu ses premières grandes applications (aff. Debs, 158-US-564 de 1895 et *Loewe v. Lawlor*, 258-US-274 de 1908). Bien que l'art. 6 du Clayton Act de 1914 parût exempter le travail de l'application de la loi antitrust (« ... Nothing contained in the antitrust laws shall

On observera également que de nombreuses *professions libérales* qui, nous l'avons déjà noté, échappent par définition au régime d'économie de marché, sont régies par des réglementations professionnelles particulières : les deux aspects se complètent. C'est au regard des dispositions de ces réglementations qu'il faudrait examiner les conventions qui seraient passées entre les membres de la profession.

68. — Les activités économiques du *secteur public* soulèvent en revanche plus de difficultés. Deux tendances contradictoires caractérisent en effet ces activités. D'une part, des considérations théoriques conduisent à penser qu'elles ne peuvent prendre place dans une économie de marché, ou, en tout cas, que l'on ne saurait leur appliquer le régime de droit commun de réglementation de la concurrence. Elles sont orientées vers des buts tout à fait différents de ceux qui visent les particuliers et leur contrôle doit être soumis à un régime spécial. Elles profitent des prérogatives de puissance publique qui sont conférées à ceux qui les exercent, de sorte que toute concurrence avec des particuliers semble faussée au départ. Mais, d'autre part, le développement contemporain des services industriels et commerciaux et le fait que ces services agissent bien souvent dans des conditions analogues à celles qui gouvernent le secteur privé font qu'en pratique les activités du secteur public ont souvent l'occasion de prendre place au sein de l'économie concurrentielle. Il semble alors difficile de porter un jugement catégorique sur la question prise dans son ensemble. Dans quelle voie chercher une solution, et quel peut être le contenu de cette solution ?

Une première distinction s'impose. Il est évident que l'on ne peut considérer ici que les activités de la puissance publique qui, si elles étaient exercées par des particuliers, rentreraient dans le champ d'application de la législation relative à la concurrence. Les conclusions dégagées précédemment valent *a fortiori* lorsqu'il s'agit de l'activité de l'administration. Cela conduit, en fait, à faire porter la discussion sur les seuls *services industriels et commerciaux créés par l'Etat ou les collectivités locales*. Mais alors, en ce qui les concerne, où trouver le critère d'application de la législation économique ?

be construed to forbid the existence and operation of labor, agricultural, or horticultural organizations, instituted for the purposes of mutual help, and not having capital stock or conducted for profit, or to forbid or restrain individual members of such organizations from lawfully carrying out the legitimate objects thereof; nor shall such organizations, or the members thereof, be held or construed to be illegal combinations or conspiracies in restraint of trade, under the antitrust law.), ce texte fut interprété, en le combinant avec l'art. 20 de la même loi, comme négligeable en la matière (*Dupleix Printing Press v. Deering*, 254-US-443, 1921). La portée de l'art. 6 ne fut explicitée qu'en 1922 (*United Mine Workers of America v. Coronado Coal Co.*, 259-US-344 et 268-US-295), lorsque la Cour suprême exempta un syndicat pour la raison qu'il n'avait apporté qu'une entrave « indirecte » au commerce. Il fallut attendre l'année 1941 (*US v. William L. Hutcheson*, 312-US-219) pour qu'en utilisant l'art. 113 du Norris-La-Guardia Act l'action des syndicats soit mise hors de portée de la législation antitrust. Cependant, même aujourd'hui, le Sherman Act reste applicable à un syndicat qui agit en collaboration avec des entrepreneurs ou des fabricants (*Allen Bradley Co. v. Local Union n° 3, IBEW*, 325-US-797).

69. — On songe tout d'abord à se tourner vers le fait qu'une activité constitue ou non un service public. Une activité « devient un service public lorsque les pouvoirs publics décident de l'assumer, pour donner satisfaction à un besoin qui, sans cela, serait insatisfait, mal satisfait ou insuffisamment satisfait » (49). Cette définition conduit à exclure toute idée d'économie de marché dans le fonctionnement des services publics. La place laissée à l'initiative privée dans le secteur d'activité en question est trop étroite pour que l'on puisse parler de concurrence. En revanche, *les entreprises privées de l'administration*, qui n'ont pas pour but de satisfaire un intérêt général et, plus précisément, de suppléer l'initiative des particuliers, doivent tomber sous le coup de la réglementation de la concurrence.

La distinction est théoriquement satisfaisante, mais elle n'est guère utilisable, car il s'avère extrêmement difficile de déterminer si une activité constitue en fait un service public. Il n'y a pas de service public par nature et selon la jurisprudence du Conseil d'Etat, il faut délaissier les indices objectifs et, dans chaque cas, considérer l'intention de la personne qui a créé le service public. On est alors tenté de prendre en considération le régime juridique qui est applicable à l'activité en cause : est-elle appréciée selon les règles du droit public ou selon celles du droit privé ? On peut en effet penser que, dans le second cas, les services industriels ou commerciaux se trouvent placés dans la situation de simples particuliers et que leur activité qui ne peut s'exercer qu'au moyen d'actes de pur droit privé, doit s'insérer dans les relations économiques normales. Mais cette argumentation conduit à soumettre au régime de droit commun de la concurrence tous les services industriels et commerciaux puisqu'ils se définissent, selon la jurisprudence, comme étant ceux « qui fonctionnent dans les mêmes conditions que les entreprises industrielles ou commerciales similaires » (50). En réalité, il n'existe pas de frontière rigoureusement déterminée entre les services publics administratifs, qui sont totalement soumis au régime administratif, et d'autres services qui seraient soumis à un régime de pur droit privé. Le régime de la seconde catégorie est mixte : il comporte, à côté de l'application des règles de droit privé des conséquences de l'idée de service public (51). L'idée d'intérêt général ne lui est pas totalement étrangère. Le régime de droit privé est en concurrence avec un certain régime administratif. La conséquence en est que les services industriels et commerciaux ne sont que très rarement placés dans une situation absolument identique à celle des simples particuliers : dans une mesure variable, ils se trouvent astreints au respect de principes tels que la continuité du service ou l'égalité des usagers devant le service, et ils peuvent disposer de prérogatives

(49) A. DE LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de droit administratif*, 3^e éd. Paris, 1963, T. I., p. 520 et les références citées.

(50) DE LAUBADÈRE, *Traité*, T. I, p. 557. — Cons. d'Etat 23 déc. 1921, *Sté gén. d'armements* : *Rec.* p. 1109; — 23 mai 1924, *Sté des affrêteurs réunis* : *Rec.* p. 98; — 29 janv. 1932, *Kuhn* : *S.* 1932, 3, 101.

(51) DE LAUBADÈRE, *Traité*, T. I, p. 524; — M. WALINE, *Droit administratif*, 9^e éd., Paris 1963, p. 677.

exorbitantes, comme la possibilité de modifier unilatéralement les termes du service rendu ou de se voir appliquer le régime des travaux publics. Les auteurs relèvent que la répartition entre droit public et droit privé est finalement assez empirique (52).

70. — En réalité, il faut, ici encore, faire appel à la notion d'économie de marché pour trouver un critère relativement satisfaisant.

On remarquera, en premier lieu, que cette notion permet de restreindre le problème en écartant les services industriels et commerciaux créés par les collectivités locales. Si le législateur peut toujours créer un service public (53), il n'en va pas de même des collectivités locales : en ce qui les concerne, le Conseil d'Etat applique le principe de l'illégalité des interventions économiques (54). Pour la juridiction administrative, les interventions des collectivités locales faussent le jeu de la concurrence, car elles tendent à octroyer aux services qu'elles créent des avantages exorbitants dont ne disposent pas les simples particuliers. De sorte que les interventions des pouvoirs locaux ne se justifient que dans quatre cas :

- lorsque l'entreprise créée dispose d'un monopole de fait;
- lorsque l'intervention est faite dans un but de police;
- lorsqu'en raison « des circonstances particulières de temps et de lieu un intérêt public justifie l'intervention », ce qui est le cas lorsque l'initiative privée est totalement défailante ou, tout au moins, insuffisante (55);
- lorsqu'enfin le service créé présente « par rapport à un service déjà existant et licite, le caractère d'une exploitation complémentaire ou destinée à en assurer l'équilibre financier » (56). On voit que ces exceptions postulent toutes l'inexistence d'un marché concurrentiel pour l'activité considérée. Il est permis peut-être d'en douter à propos de l'intervention dans un but de police, mais dans ce cas, il est évident que les exigences qu'impliquent un tel objectif doivent faire écarter

(52) Il faut ajouter que le fait d'accomplir habituellement des actes de commerce au sens des art. 632 et 633, C. com., n'est pas non plus utilisable. D'une part, nous avons déjà eu l'occasion de rejeter la commercialité des actes, comme critère d'application des règles de concurrence (v. *supra*, n° 56); d'autre part, comme il semble que tous les services industriels ou commerciaux puissent accomplir des actes de commerce (CHAVANON, *Essai sur la notion et le régime juridique du service public industriel ou commercial*, Thèse, Bordeaux, 1939), le reproche opposé à la distinction entre régime de droit public et régime de droit privé peut encore être opposé ici.

(53) Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie n'a pas valeur constitutionnelle (v. *supra*, n° 49, note 3).

(54) DE LAUBADÈRE, *Traité*, T. I, p. 533.

(55) Sans doute, la notion d'intérêt général est-elle ici largement interprétée, mais il n'en reste pas moins vrai que les circonstances doivent justifier l'intervention de la collectivité (Cons. d'Etat 21 janv. 1944, *Leoni* : *Rec.* p. 25; — 28 mars 1924, *Genet* : *Rec.* p. 347; — 22 nov. 1935, *Chouard*, concl. RIVET : *S.* 1936, 3, 9). Le principe a été appliqué à la création par les communes de sociétés d'économie mixte (Cons. d'Etat 4 janv. 1935, *De Lara* : *Rec.* p. 14).

(56) Cons. d'Etat 23 juin 1933, *Planche* : *S.* 1933, 3, 86; — 4 juin 1954, *Dame Berthod* : *RPDA* 1954, 167.

les règles de concurrence, car il ne saurait être réalisé de compromis entre elles. Dans tous les cas les règles relatives à la concurrence ne peuvent trouver aucune application (57).

Il reste alors, en second lieu, à trancher le problème des services industriels et commerciaux de l'Etat.

1° Le critère tiré de l'économie de marché conduit à exclure les services qui disposent d'un monopole ou d'un quasi-monopole; ainsi la SNCF, les Charbonnages de France, l'EDF ou le GDF (58). Il faut alors que la loi de création du service précise expressément l'attribution du monopole et un simple monopole de fait ne pourrait évidemment pas justifier que l'on écarte les règles de concurrence.

2° En ce qui concerne les entreprises dont l'exploitation s'exerce parallèlement à celle d'entreprises privées, il faut, semble-t-il, considérer le degré d'autonomie qui leur est laissé par leur mode de gestion. Ce n'est qu'à la condition de jouir d'une indépendance suffisante que ces entreprises peuvent prétendre prendre place sur le marché concurrentiel. C'est alors beaucoup plus leur gestion interne et le contrôle que peuvent exercer les autorités de tutelle qu'il faut examiner, que l'existence à leur profit de prérogatives de puissance publique (59) ou que l'emploi qu'elles font des techniques du droit privé. Cela conduit à se référer essentiellement à la *forme juridique* qu'emprunte le service industriel et commercial. Bien que ces formes soient extraordinairement variées et qu'il soit même impossible de relever deux entreprises publiques présentant les mêmes règles de gestion, on peut opérer des distinctions entre quelques grands modes de gestion : en se fondant plus précisément sur la nature de l'organisme qui gère le service, régie, établissement public, concession, société d'économie mixte, société d'Etat.

Il faut opposer le service en régie — hypothèse assez exceptionnelle pour les services industriels et commerciaux (60) — et la concession de service public d'une part, aux sociétés d'économie mixte et aux sociétés d'Etat, d'autre part. Le contrôle étroit que connaissent les premiers conduit à les écarter de l'application des règles de concurrence. En ce qui concerne la concession, on observera que non seulement les clauses du cahier des charges concernant l'organisation et

(57) Le décret-loi du 28 décembre 1926 aurait pu permettre aux collectivités de développer leur intervention en matière économique. Mais le Conseil d'Etat a interprété ce texte comme s'appliquant aux modes de gestion et non au domaine d'intervention des services industriels ou commerciaux (DE LAUBADÈRE, *Traité*, T. I, p. 536).

(58) Pour M. LUCHAIRE, (*Le statut des entreprises publiques : Dr. soc.* 1947, p. 253) seules, parmi les entreprises nationalisées, constitueraient un service public celles qui détiennent un tel monopole.

(59) En effet, une tendance du droit administratif est d'étendre l'emploi de ces privilèges de puissance publique. A tel point que certaines entreprises privées d'intérêt général peuvent en bénéficier (Cons. d'Etat 20 déc. 1935, *Vezia* : R. D. P. 1936, 118).

(60) *Institutions d'économie mixte : J.-Cl. sociétés*, fasc. 178-2, p. 4.

le fonctionnement du service ont un caractère réglementaire, en particulier celles qui ont trait au tarif, mais encore que l'administration concédante peut imposer au concessionnaire des obligations non prévues par le cahier des charges. En outre, le concessionnaire bénéficie d'une clause d'exclusivité dans la plupart des cas, de sorte que toute idée de concurrence peut être écartée. Il semble en revanche que cela ne soit plus le cas lorsque l'on est en présence de sociétés d'économie mixte, comme par exemple la société Air France ou les sociétés pour la navigation maritime, et de sociétés d'Etat, ainsi les sociétés d'assurances nationalisées par la loi du 25 avril 1946, pour lesquelles la liberté commerciale et industrielle reste le principe. Certes il y a en ce qui les concerne un contrôle d'intensité variable qui procède à la fois des règles du droit commercial et des règles spéciales (61), mais qui ne se présente pas d'une manière suffisamment systématique pour que l'on puisse exclure l'application des règles de droit commun de la concurrence.

Il semble beaucoup plus difficile d'apporter une réponse dans le cas de l'établissement public : traditionnellement, la tutelle exercée par l'administration sur ces établissements est étroite mais on assiste d'autre part à un développement et à une diversification de la notion d'établissement public, de sorte que les règles de gestion sont en réalité très diverses. En particulier, les entreprises qui ont été nationalisées sous la forme d'établissements publics ne présentent qu'une analogie très lointaine avec la conception classique de ce mode de gestion. Les lois de nationalisation ont organisé un contrôle différent du contrôle habituel des établissements publics et comportant une assez grande souplesse (62). On devrait donc les soumettre en principe aux règles de concurrence qui sont applicables aux entreprises privées. En cas d'hésitation, la possibilité de se pourvoir pour excès de pouvoir contre la violation des règles de gestion par les dirigeants de l'établissement semble constituer un critère assez sûr pour juger du degré d'autonomie du service.

Enfin, il faut admettre *a fortiori* que rentrent dans le domaine d'application des règles de concurrence les actes des sociétés dans lesquelles l'Etat se borne à un simple contrôle, sans participer directement à la gestion commerciale, comme c'est le cas, par exemple, pour les sociétés d'assurance non nationalisées.

71. — En définitive, tombent en principe sous le coup de la législation relative aux ententes, tous les services industriels et commerciaux de l'Etat qui ne disposent pas d'un monopole de droit et qui sont gérés sous la forme de la société d'économie mixte, de la société d'Etat ou de l'établissement public lorsque, dans ce dernier cas, il s'agit d'entreprises nationalisées.

(61) Dans le cas de la société d'économie mixte, personne morale de droit privé, l'Etat exerce un contrôle à la fois financier et administratif, qui procède des règles du droit commercial et de règles de droit public (*J.-Cl. sociétés*, précit.).

(62) DE LAUBADÈRE, *Traité*, T. I, p. 566.

SECTION III

**LE RÔLE DE L'IDÉE D'ÉCONOMIE DE MARCHÉ
DANS LA RÉGLEMENTATION DES ENTENTES EN DROIT COMMUNAUTAIRE****A. — Dans le Traité instituant la CECA**

72. — L'article 65 CECA est conçu comme une garantie du régime d'économie de marché, sous réserve des nuances qui marquent le régime concurrentiel dans le domaine particulier du charbon et de l'acier. Mais la précision qui caractérise le champ d'application des règles du Traité rend inutile le recours au critère tiré de l'économie de marché comme règle d'interprétation, tout au moins en l'état actuel des problèmes qui peuvent pratiquement se poser. En outre, les rédacteurs n'ont introduit aucune exception expresse ou tacite à l'application de l'article 65. Le principe de la généralité d'application est donc ici absolu.

On pourra cependant remarquer que, envisagé sous cet angle, l'article 65 interdit aux Etats membres de soustraire, par un système d'organisation de l'activité industrielle ou commerciale des professions, ou par l'institution d'ententes obligatoires, un secteur du charbon ou de l'acier, au régime du marché concurrentiel. Bien entendu, il n'est pas question de revenir sur les réglementations de droit interne existantes, mais on pourrait faire valoir que rien dans le Traité n'interdit expressément à un Etat membre de soustraire pratiquement un secteur d'activité au régime concurrentiel. Il est peu probable que l'ensemble des règles du Traité, et en particulier l'article 4 combiné avec l'article 86, 2^e alinéa, soit compatible avec une telle affirmation. En outre, l'instauration d'une économie de marché apparaît, nous l'avons vu, comme l'un des moyens qui doit permettre la réalisation des buts énoncés à l'article 2. Or, les Etats se doivent de respecter le processus de mise en œuvre du marché commun. Le problème dépasse alors largement celui de l'interdiction posée par l'article 65. L'organisation autoritaire par un Etat de son marché interne du charbon ou de l'acier est à juger au regard des principes posés par le Traité, et non des dispositions spécifiques aux ententes : une organisation découlant du droit interne ne saurait être considérée comme constituant une entente. L'article 65 semble hors de propos, par exemple, lorsqu'il s'agit d'apprécier l'union des houillères de bassin dans le cadre des Charbonnages de France. On ne peut même pas parler ici d'exception virtuelle. Mais, en revanche, l'article 65 retrouve tout son empire lorsque l'on passe du plan strictement interne au plan communautaire : ainsi, un accord entre les mêmes Charbonnages de France et une entreprise belge ou allemande peut parfaitement constituer une entente.

B. — Dans le Traité instituant la CEE

73. — Les règles de concurrence posées par le Traité, et en particulier celles qui sont relatives aux ententes, sont en principe appli-

cables à tous les secteurs économiques qui sont soumis au Traité. C'est-à-dire, on l'a vu, à tous les secteurs de l'économie, sous réserve de ceux du charbon et de l'acier, de ceux qui sont l'objet du Traité EURATOM et de ceux qui intéressent le matériel de guerre, dans une mesure variable (63). Mais ce principe n'a pas un caractère absolu : il ne suffit pas d'observer qu'un secteur de l'économie tombe sous le coup du Traité pour en conclure que les règles de concurrence lui sont automatiquement applicables.

En effet, parmi tous les secteurs qui relèvent du Traité, il en est qui ne sont pas soumis au principe de l'économie de marché. A cet égard, trois sortes d'exceptions peuvent se présenter.

1° L'exception peut être *expresse et totale*. C'est alors tout un secteur de l'activité économique qui est soustrait au régime concurrentiel. Actuellement, depuis que le règlement n° 26 a rendu applicables les articles 85 et suivants du Traité au secteur de l'agriculture, il n'existe plus de telles exceptions. Cependant l'article 87-2-c en réserve la possibilité pour l'avenir.

2° L'exception peut être *expresse et partielle*. Elle consiste alors, à propos d'un secteur particulier, à écarter certaines règles de concurrence seulement. Il existe actuellement deux exceptions de cette sorte : celles qui concernent les secteurs de l'agriculture et des transports. Dans le cas de l'agriculture, le règlement n° 26 du 4 avril 1962 tempère la rigueur du principe d'interdiction (64). Dans le cas des transports, le règlement n° 141 du 26 novembre 1962 écarte l'application du règlement n° 17 du 6 février 1962.

3° La possibilité d'exceptions virtuelles doit être enfin ménagée. Même dans le silence des textes, il est nécessaire de savoir lorsque l'on est en présence d'un secteur économique donné, si celui-ci est placé ou non par le droit communautaire sous le signe de l'économie de marché. Pour cela, on doit, toujours selon le critère proposé, procéder à une analyse des règles de droit économique qui régissent le secteur en cause.

Théoriquement, le problème se pose en termes identiques, qu'il s'agisse du droit interne ou du droit communautaire. En fait, la situation ne laisse pas d'être sensiblement différente. En effet, le secteur de l'économie qui est à considérer ne relève plus dans le second cas du seul droit d'un Etat : il dépasse les frontières nationales et appartient au marché commun. De sorte que les seules dispositions à considérer pour l'appréciation du régime qui gouverne ce marché, sont celles qui ont leur source dans le Traité ou dans les règlements et décisions prises par les Institutions de la Communauté; le droit interne ne peut faire figure sur le plan communautaire que d'élément de fait. Si un secteur de l'économie peut en droit interne se trouver totalement soustrait du régime d'économie de marché, il n'en est pas moins soumis à ce régime lorsqu'on le considère dans le cadre plus

(63) V. *supra*, n° 36.

(64) V. *infra*, n° 361.

vaste du marché commun. Or les règles du droit communautaire sont encore loin d'avoir atteint la complexité qu'elles offrent dans les divers droits nationaux. La tâche d'investigation est ici considérablement simplifiée, sauf à observer qu'elle se compliquera à mesure que des règlements et des décisions prises dans le cadre du Traité introduiront une organisation de certains secteurs économiques dans l'ensemble de la Communauté.

74. — En l'état actuel du droit communautaire, on est conduit à rechercher des exceptions virtuelles dans trois directions différentes.

En premier lieu, le problème continue de se poser de savoir dans quelle mesure le secteur des transports échappe à l'application des articles 85 et s. Le règlement n° 141 n'a rien apporté de nouveau à cet égard, puisqu'il ne fait qu'écarter l'application du règlement n° 17. Dans l'avenir, les règlements annoncés par l'article 75 et les décisions prévues par l'article 80 peuvent être de nature à rendre impossible l'application des règles de concurrence au secteur des transports. Il appartiendrait alors aux autorités compétentes pour appliquer l'article 85 de tenir compte de cette circonstance, lorsqu'elles auraient à statuer sur une entente en matière de transport.

En deuxième lieu, il faut mentionner l'article 223-1-b qui concerne les produits destinés à des fins militaires. Il faudra se référer, exceptionnellement, à la réglementation que les Etats sont autorisés à prendre en cette matière, pour savoir si le marché de ces produits est soustrait au régime concurrentiel. Le problème pourrait se poser pratiquement, si une interprétation large était donnée des termes « destination à des fins spécifiquement militaires ».

Enfin une possibilité d'exceptions virtuelles semble être ménagée par l'article 90. Cet article est d'une grande importance pratique, car il vise les entreprises qui dans les Etats membres sont chargées de la gestion d'un service public. Nous avons vu que, sur le plan du droit interne, certaines de ces entreprises échappent à l'application de la législation relative aux ententes, ainsi, par exemple, en France, les entreprises concessionnaires de services publics, alors que d'autres sont en revanche soumises à l'économie de marché. Mais une telle distinction ne saurait être maintenue sur le plan communautaire. Il est évident que l'existence de droits exorbitants accordés aux entreprises publiques ou aux entreprises privées chargées d'un service public peut entraver considérablement la concurrence à l'intérieur du marché commun. Mais, d'une part, cet obstacle de fait ne peut être pris en considération pour écarter en droit le jeu des règles de concurrence, et, d'autre part, l'élimination de ces obstacles de fait ne relève pas de l'article 85 mais d'autres dispositions du Traité. C'est cette double idée que traduit l'article 90.

— L'article 90, 1^{er} alinéa, édicte une obligation qui concerne les Etats membres : les règles qui gouvernent les entreprises publiques ou les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs doivent être *conçues* ou *modifiées* de telle sorte que ces

entreprises soient en mesure de fonctionner dans le cadre communautaire d'économie de marché. La même idée se retrouve, avec des nuances dans son application, dans l'article 37 en ce qui concerne les monopoles nationaux présentant un caractère commercial.

— L'article 90, 2^e alinéa, édicte expressément un principe dont l'article 90, 1^{er} alinéa, laissait prévoir l'existence : les entreprises visées par le texte tombent, en droit, sous le coup de l'article 85. Le texte ne concerne que les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal, mais, *a fortiori*, les autres entreprises qui bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs doivent tomber sous l'application de l'article 85. Le principe s'adresse à la fois aux entreprises elles-mêmes et aux Etats, dans la mesure où ils participent à la gestion et au contrôle de telles entreprises, soit directement, soit par le jeu de la tutelle administrative.

Cependant, l'application de l'article 85 reçoit ici une exception, car en ce qui concerne certaines entreprises, les règles de concurrence ne s'appliquent pas intégralement, mais seulement « dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie ». L'interprétation de cette disposition ne laisse pas de poser de difficiles problèmes. Si la notion de monopole fiscal est claire (65), et au reste n'intéresse que des cas très particuliers, comme par exemple en France la Régie des tabacs, il n'en va pas de même de celle d'entreprise chargée de la gestion de services d'intérêt économique général, qui semble se confondre en droit français avec la notion de service public industriel ou commercial. Il peut tout autant s'agir d'entreprises publiques que d'entreprises privées (66), car le texte ne comporte à cet égard aucune distinction. De plus, on sait que la distinction entre les deux sortes d'entreprises est très délicate à effectuer.

En réalité, le problème est moins complexe qu'il n'apparaît au premier abord. En effet, l'article 90, 2^e alinéa, ne prévoit pas la *soustraction automatique* de certaines activités au jeu de certaines règles de concurrence. *Il pose seulement une règle de conduite à l'usage des autorités compétentes pour appliquer les articles 7, 85 et s. aux entreprises chargées de la gestion d'un service public*, règle très souple dont les conséquences différeront avec chaque cas particulier (67). On ne peut donc y voir la source d'exceptions virtuelles. C'est ici non pas l'application de l'article 85 qui est mise en question, mais certaines conséquences pratiques de cette application. Les unions qui intéressent les

(65) Cette notion est à distinguer en tout cas de celle de monopole national présentant un caractère commercial, visée à l'art. 37, qui concerne les organismes auxquels sont accordés des droits exclusifs d'exportation ou d'importation et qui servent aux Etats à agir sur le commerce extérieur. De tels organismes, lorsqu'ils constituent des entreprises, tombent sous le coup de l'art. 85. Cf. W. NISSEN, *Die Umformung der Handelsmonopole in der EWG* : WuW. 1963, 106.

(66) Dans ce sens, THIESING, in *Handbuch der europäischen Wirtschaft*, T. I. sous l'art. 85, p. 40. — Contra, WOHLFARTH-EVERLING, *Kommentar*, précit.

(67) Dans ce sens, WOHLFARTH-EVERLING, *Kommentar*, précit., sous art. 90.

entreprises visées par l'article 90 peuvent constituer des ententes au sens de l'article 85, sauf à remarquer que le régime qui leur sera appliqué par les organes compétents, pourra présenter certains caractères exceptionnels. Par exemple, certaines clauses de répartition des débouchés, normalement nulles, pourraient être reconnues licites en dépit de leur effet restrictif de concurrence. Il est permis, du reste, de se demander s'il ne serait pas souhaitable de ménager à ces entreprises un statut spécial, élaboré par la procédure prévue à l'article 87 (68).

75. — En définitive, la possibilité de relever l'existence d'exceptions virtuelles est pratiquement réduite, du moins pour l'instant. Dans l'avenir, en revanche, il est tout à fait probable que l'apparition de règlements et de décisions prises par les organes de la Communauté va entraîner leur développement. Si le chapitre relatif aux transports est conçu en termes trop généraux pour que l'on puisse en tirer autre chose que des conclusions de principe, il va de soi que les règlements à intervenir, en particulier sur la base de l'article 75, viendront compliquer la situation. Mais on doit remarquer en outre que certains règlements pourront intervenir sur le fondement de textes plus généraux. Il s'agit surtout de l'article 235 qui ménage au profit du Conseil d'importants pouvoirs, en vue de la réalisation des objectifs du Traité (69). Ces objectifs sont ceux énumérés dans les articles 2 et 3 et, en face de leur réalisation, l'établissement d'un régime concurrentiel n'apparaît qu'au titre d'un moyen parmi d'autres. De sorte que l'article 235 qui apparaît comme un pouvoir extraordinaire remis au Conseil pour combler les lacunes du Traité (70), permettrait sans doute de réglementer tel ou tel secteur particulier de l'économie si cela s'avérait nécessaire pour réaliser le fonctionnement du marché commun. Le Conseil pourrait même soustraire le secteur en question au régime normal d'économie de marché. Sans doute, l'article 235 ne permet-il pas au Conseil d'aller à l'encontre des dispositions du Traité, et en particulier aux articles 85 et s. Mais nous avons vu que ces dispositions ne devaient pas être interprétées comme ayant un caractère absolu. Elles ne signifient pas que l'ensemble du marché commun doive systématiquement relever de l'économie concurrentielle. Bien qu'aucune disposition ne le précise formellement, il est évident que les articles 85 et s. ne sauraient être appliqués brutalement à tous les secteurs. L'article 87-2-c sous-entend cette idée lorsqu'il dispose que des règlements pourront préciser, le cas échéant, dans les diverses branches économiques, le champ d'application des articles 85 et 86.

(68) GÜNTHER, *Die Regelung...*, art. précit., p. 288.

(69) ART. 235. « Si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la Communauté, sans que le présent Traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation de l'Assemblée, prend les dispositions appropriées ». Il n'est nullement interdit de penser que les dispositions évoquées par ce texte puissent être des règlements.

(70) Dans ce sens, WOHLFARTH-EVERLING, *Kommentar*, précit., p. 609.

Ces règlements prévus par l'article 87-2-c constituent la voie normale dans la tâche de précision du domaine d'application des articles 85 et s. Ils donneront naissance à des exceptions expresses, mais on ne peut penser qu'ils réalisent le seul moyen d'aboutir à la clarté qui est nécessaire en cette matière. La possibilité des exceptions virtuelles doit être raisonnablement réservée.

76. — On ne saurait donc négliger, pour définir l'entente, la considération du secteur économique qui est soumis à son activité. On en tire deux conséquences fondamentales.

En premier lieu, on qualifiera d'ententes économiques, *stricto sensu*, les seuls accords qui concernent un domaine précis de l'activité économique. En droit interne, ce domaine est celui auquel s'applique l'article 59 *bis* de l'ordonnance 45-1483 du 30 juin 1954. L'article 419 du Code pénal possède en effet un champ d'application plus vaste, qui englobe celui de l'article 59 *bis*, et seul le domaine d'application commun aux deux dispositions mérite d'être retenu. En droit communautaire, le domaine qui doit être pris en considération est celui auquel s'appliquent les articles 85 CEE et 65 CECA.

En premier lieu, on qualifiera d'ententes économiques, *stricto sensu*, du juge ou de l'autorité administrative chargé d'appliquer les textes relatifs aux ententes à une espèce particulière. Il convient, à cet égard, d'écarter l'idée suivant laquelle ces textes trouveraient application dans tous les domaines de l'activité économique. Il faut, en utilisant les critères tirés des textes et celui tiré du régime d'économie de marché, rechercher si l'activité qu'intéresse l'accord en cause tombe bien sous le coup de la législation des ententes. Ce n'est que dans l'affirmative, qu'il faudra rechercher si les deux autres éléments de la définition de l'entente sont réalisés.

TITRE II

L'ACCORD ENTRE LES MEMBRES DE L'ENTENTE

77. — On touche ici à l'élément central de la notion d'entente. Traditionnellement, les pratiques restrictives de concurrence ne sont apparues vraiment redoutables que lorsqu'elles résultaient de l'union de plusieurs commerçants ou industriels d'une même branche économique, sinon de leur majorité. Aujourd'hui, des pratiques individuelles, au reste bien différentes des simples faits de concurrence déloyale, sont également prises en considération par le législateur. On aurait pu alors supposer que la notion d'entente allait s'estomper, disparaître même, puisque les pratiques individuelles aussi bien que les pratiques exercées à la suite d'un accord retenaient l'attention du législateur. Il n'en a pas été ainsi. La notion d'entente a conservé des caractères spécifiques. Elle est autre chose qu'un ensemble de pratiques individuelles, restrictives de concurrence.

En outre, si les pratiques individuelles sont toujours déterminées avec précision par le législateur, ainsi par exemple le refus de vente (1), il n'en va pas de même des pratiques exercées par voie d'entente dont la définition reste des plus vagues. Il reste tout aussi nécessaire que par le passé de définir avec précision l'accord qui lie les membres de l'entente.

La question ne souffrirait peut-être pas de grandes difficultés si les textes faisaient simplement état de contrats liant des commerçants. Or les textes relatifs aux ententes économiques ne se réfèrent pas à cette institution, parfaitement connue du droit privé. Ils mentionnent un certain nombre de circonstances — conventions, ententes expresses ou tacites, coalitions, accords entre entreprises, actions concertées — qui toutes recouvrent une idée de commune

(1) Art. 37-1^{er}-a de l'ordonnance 45-1483 : « Refuser de satisfaire, dans la mesure de ses disponibilités et dans les conditions conformes aux usages commerciaux, aux demandes des acheteurs, de produits ou aux demandes de prestation de services, lorsque ces demandes ne présentent aucun caractère anormal, qu'elles émanent de demandeurs de bonne foi et que la vente de produits ou la prestation de services n'est pas interdite par la loi ou par un règlement de l'autorité publique ».

intention, mais dont l'accumulation ne fait qu'augmenter l'ambiguïté de la notion qui leur est sous-jacente.

On tentera de montrer dans une section préliminaire que la notion d'accord est irréductible, qu'elle demeure un élément fondamental, qui doit toujours être relevé expressément lorsque l'on a à juger de l'existence d'une entente, et que les formes sous lesquelles cet accord se manifeste peuvent finalement être ramenées à deux, l'action concertée et le contrat.

SECTION PRÉLIMINAIRE

LA NOTION D'ACCORD

78. — Il apparaît indispensable de confronter tout d'abord les divers textes applicables, afin de constater dans quelle mesure ils se rejoignent sur ce point. Il faudra ensuite déterminer les conséquences pratiques auxquelles conduit l'exigence d'un accord.

A. — Comparaison des textes

79. — En droit interne, l'article 59 *bis* de l'ordonnance 45-1483 vise « toutes les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites, ou coalitions sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit ». Au contraire, l'article 419 du Code pénal ne vise que la réunion ou la coalition, et semble être par là plus restrictif.

Mais le dessein du législateur, lorsqu'il procède dans l'article 59 *bis* à une accumulation de termes, apparaît clairement derrière le manque d'élégance de la rédaction. Comme on l'a déjà souligné (2), il s'agissait de faire entrer dans le domaine d'application du texte un phénomène, l'entente économique, extrêmement varié dans ses manifestations. On n'a pas voulu lier le juge par une formule trop précise et l'on a voulu éviter qu'en utilisant une interprétation stricte de la loi certaines ententes mal caractérisées tentent d'échapper à son application. On comprend qu'il soit vain de vouloir donner à chacun des termes proposés par l'article 59 *bis* une signification précise, indépendante de celle des termes voisins. Il n'est pas possible de prendre l'énumération proposée comme base de distinctions, car les termes d'action concertée, entente expresse ou tacite et coalitions se recourent largement.

Dès lors, la portée de l'article 59 *bis* découle de deux principes simples :

1° Le texte tend à être le plus large possible; la qualification d'entente doit être étendue au maximum, sur le plan de l'accord entre les membres.

(2) V. *supra* n° 54.

2° Il subsiste une limite, la seule, dans le fait que, en tout cas, doit avoir existé une rencontre de consentements en vue d'agir d'une certaine façon.

Cela étant posé, il est permis de dire que tout contrat peut servir à réaliser une entente. Mais il convient d'aller plus loin : dans un contrat, selon l'article 1101 du Code civil, une ou plusieurs personnes *s'obligent*; de même, aux termes de l'article 1108 du Code civil, ce n'est pas un consentement quelconque qui est nécessaire à la validité du contrat, mais celui de la partie *qui s'oblige*. Or, on peut supposer un accord entre les membres de l'entente, sans que ceux-ci consentent à se lier juridiquement. Ils ne s'engagent pas, mais décident simplement d'adopter une certaine ligne de conduite, tant qu'ils y auront intérêt et ils se réservent la possibilité de changer d'attitude à tout moment.

80. — Il convient donc de ménager à côté des contrats une autre catégorie d'accords qui révèlent une unanimité d'intentions, mais qui sont insusceptibles de créer des obligations de nature juridique (3). Cette idée est également incluse dans l'article 419 du Code pénal. En visant les unions et les coalitions le texte ne prend pas en considérations les seuls contrats mais toutes sortes d'accords, au sens large.

L'article 419 du Code pénal n'est pas plus restrictif sur ce point que l'article 59 *bis* de l'ordonnance 45-1483. La même idée est impliquée par les deux textes.

Les articles 65 CECA et 85 CEE ne concernent pas non plus uniquement des contrats entre entreprises, mais ils s'appliquent, en termes identiques, aux « accords entre entreprises, décisions d'associations d'entreprises et pratiques concertées ». L'analyse aboutit aux mêmes résultats qu'en droit interne et l'on est conduit à admettre que les quatre textes coïncident quant aux divers types d'accords qu'ils recouvrent. En analysant de plus près les textes, on s'aperçoit cependant que la rédaction des dispositions des deux Traités est bien supérieure à celle de la loi interne, car elle repose sur une classification beaucoup plus logique.

B. — Classification des divers types d'accords

81. — Puisqu'il n'est pas possible de distinguer sur la base des termes utilisés dans les articles 59 *bis* et 419 (4), il faut s'efforcer de

(3) *Contra*, L. MAZEAUD, *Le régime juridique des ententes*, précit., p. 27 : « le cartel s'analyse juridiquement en un ensemble d'obligations réciproques, c'est un contrat ». Mais l'auteur il est vrai, part d'une définition *a priori* de l'entente, qui selon lui peut être soit un cartel, soit un trust, soit une combinaison de l'un et de l'autre. Et lorsqu'il analyse le cartel en un contrat, c'est pour répondre à la question « comment vont procéder les industriels qui veulent se lier par un cartel revêtu de la force obligatoire ? »

V. également TCHERNOFF, *Ententes économiques et financières*, op. cit., p. 364; l'auteur mentionne la possibilité du « gentlemen's agreement » qui repose sur un simple engagement d'honneur. Mais alors ne s'agit-il pas tout simplement d'un contrat verbal ?

(4) *Contra*, PLAISANT et LASSIER, *Les ententes industrielles sous forme de sociétés*, op. cit., p. 22, n° 112.

fonder une distinction logique. On doit pour cela partir d'un principe simple : en matière économique, le législateur entend rechercher un résultat pratique; il ne prend en considération ni les agissements demeurés au stade de projet ou de pure intention, ni des liens de nature juridique pris pour eux-mêmes, sans référence à leurs effets possibles. Le but de la loi est de réglementer des atteintes qui sont portées à la concurrence, c'est-à-dire des *activités*.

1° On comprend que les contrats soient, en tant que tels, pris en considération, car en ayant force obligatoire à l'égard des participants, ils créent une situation nouvelle, qui doit normalement aboutir aux agissements prévus.

2° En revanche, un simple accord, sans conséquences juridiques, est dénué de toute portée au regard du droit économique tant qu'il n'est pas complété par des agissements. C'est l'action effectivement perpétrée qui, après coup, donne sa signification à l'accord préalablement intervenu entre les entrepreneurs. Sans doute, une exégèse étroite de l'article 59 *bis* de l'ordonnance 45-1483 fait-elle apparaître que le texte vise aussi une entente tacite pouvant avoir pour effet d'entraver le plein exercice de la concurrence... Mais comment saisir efficacement l'accord tacite tant qu'il ne se traduit pas dans les faits ? L'action est donc ici un élément déterminant pour la prise en considération de l'accord qui n'est pas source d'obligations (5).

La seule distinction logique reste donc celle qui oppose les *contrats*, sous quelque forme qu'ils se révèlent et qu'ils soient ou non suivis d'action, *aux actions concertées* qui reposent sur un simple accord non obligatoire. Les articles 65 CECA et 85 CEE reposent pratiquement sur cette distinction en visant les accords, entendons des contrats, entre entreprises, et les pratiques concertées. Les mêmes textes visent également les *décisions d'associations*. Faut-il en faire une troisième catégorie ?

82. — S'agit-il d'une notion nouvelle, que ne visent pas les textes du droit interne ? Ou au contraire, ces textes l'impliquent-ils nécessairement ? On doit décider dans ce dernier sens. En effet, si la décision de l'organe qui représente l'association est ici prise en considération, c'est parce qu'elle suppose nécessairement un accord des membres de l'association. Comme nous l'avons fait remarquer, le point important est en définitive le fait que la concurrence est affectée par une action commune. Or, le contrat d'association peut être conçu en termes assez généraux pour qu'il soit impossible de dire *a priori* qu'il va entraîner nécessairement des agissements contraires à la concurrence. Par la suite, utilisant son pouvoir de représentation, un dirigeant de la personne morale peut prendre des décisions dont l'exécution apparaît clairement comme constituant de tels agissements. Dans ce cas, ou bien le représentant agit en dépassant ses pouvoirs, et la décision est alors inopposable aux associés, ou bien il agit dans le cadre des

(5) *Contra*, JÉRUSALEM, *Das Recht der Montanunion*, Berlin, 1954, p. 151, à propos de l'art. 65 CECA

pouvoirs qui lui ont été remis. Il est indispensable de présumer, *jusqu'à preuve du contraire*, que le représentant agit en conformité avec les ordres de ses mandants soit en vertu de ses pouvoirs, soit par l'effet d'une ratification, lorsqu'il dépasse ses pouvoirs.

Dans les deux cas un accord de l'ensemble des participants peut être relevé. Certes, dans le premier cas, on peut dire que les associés n'ont pas prévu formellement que le représentant prendrait la décision en cause, et que c'est malgré eux qu'ils se trouvent obligés d'agir. Mais étant entendu que la notion d'accord doit être comprise très largement, il est impossible de distinguer suivant le contenu plus ou moins précis du contrat d'association.

Ainsi, ou bien le contrat d'association révèle par lui-même qu'il va entraîner une atteinte à la concurrence, ou bien, il ne révèle pas suffisamment cette atteinte, il ne constitue pas une entente, mais la décision prise par les représentants fait apparaître nécessairement, sous réserve d'un refus motivé de ratification, une entente. On est donc autorisé à ramener cette catégorie de décisions d'associations au cas plus général des contrats, sauf à opérer une distinction sur le terrain de la preuve. Dans un cas, le contrat apporte par lui-même la preuve de l'entente; dans l'autre, la preuve est fournie par le rapprochement entre le contrat d'association et la décision prise par les organes représentatifs de l'association.

Les deux dispositions des Traités font apparaître une notion qui était incluse déjà dans les textes du droit interne : depuis longtemps déjà l'article 419 du Code pénal avait été appliqué, au titre de la coalition, à des décisions prises par des dirigeants de syndicats professionnels. Elles présentent cependant un intérêt certain en indiquant que la décision de l'association suffit à prouver l'entente.

Il convient dès lors d'examiner les problèmes que soulèvent d'une part l'action concertée et, d'autre part, le contrat, c'est-à-dire l'entente juridiquement organisée.

Chapitre I. — L'action concertée.

Chapitre II. — L'entente juridiquement organisée.

CHAPITRE I

L'ACTION CONCERTÉE

83. — L'entente économique prend la forme de l'action concertée lorsqu'elle ne repose pas sur un contrat générateur d'obligations à la charge des adhérents. On doit inclure dans cette catégorie deux situations théoriquement différentes mais qui aboutissent au même résultat :

— En premier lieu, un accord sans engagements est à la source de l'entente. Par exemple, des entrepreneurs décident de se communiquer régulièrement leurs barèmes de prix ou leurs conditions de vente, mais sans que l'un des adhérents acquière le droit d'exiger des autres la communication de ces documents. Ces accords seront généralement verbaux.

— En second lieu, une convention se trouve bien à la base de l'entente, mais il est impossible pour les adhérents d'en rapporter la preuve conformément aux modes spéciaux du droit des obligations.

Dans ces deux hypothèses, qui, en fait tendent à se confondre dans tous les cas d'ententes verbales, le résultat est identique : l'accord n'emporte aucun effet nécessaire et l'entente ne sera vraiment constituée que lorsqu'une action commune, par exemple l'échange effectif des barèmes et l'alignement des prix qui doit en résulter, sera venue le compléter.

Il en résulte que, devant les autorités administratives ou devant les juridictions répressives, l'existence d'une action concertée requiert logiquement la preuve de deux éléments distincts :

- 1° Celle de l'action commune effectivement suivie;
- 2° Celle de l'accord préalable.

Mais les autorités saisies ne sont pas tenues par les modes de preuve du droit civil. L'accord pourra être prouvé par tous moyens, y compris les simples témoignages et les indices. Dans certains cas il sera *prouvé directement*, dans d'autres il sera *présumé*.

Cette analyse est tout à fait conforme à la pratique qui a été suivie par la Commission Technique des ententes à propos des affaires qui lui ont été soumises. Il n'est pas inutile de citer à ce sujet le Rapport de la Commission pour les années 1954 et 1955 :

« L'entente peut certes résulter d'un contrat écrit, mais la Commission ne saurait s'en tenir aux apparences et elle est habilitée à rechercher si les pratiques

effectivement suivies par les entreprises constituent la manifestation d'une action concertée ou d'une entente au sens de l'art. 59 bis de l'ordonnance. Elle arrête alors sa conviction au vu d'un examen de la situation de fait du marché du produit considéré (avis du 19 novembre 1955, Verre électro-technique). »

« Il convient d'observer d'ailleurs que la Commission pousse assez loin ses investigations sur la situation de fait et qu'elle ne retient pas de simples présomptions pour admettre l'existence d'une entente. C'est ainsi que dans l'affaire précitée du verre électro-technique, elle a considéré que l'existence d'un tarif commun de vente mis en application par deux producteurs maîtres d'un marché ne suffisait pas à établir des pratiques d'entente, dès lors que ce tarif n'était pas appliqué en fait et que les conditions de vente de chacune des sociétés productrices avaient évolué dans le sens d'une nette différenciation des prix. »

84. — On comprend dès lors que le problème véritablement important, en matière d'action concertée, soit celui des indices à partir desquels pourra être présumé l'accord dont l'existence reste toujours nécessaire.

Deux éléments distincts, nous l'avons vu, doivent être prouvés :

— L'action commune effectivement suivie.

— L'accord préalable.

Le problème est de savoir *dans quelle mesure le second peut être présumé à partir du premier*. Dans quelle mesure peut-on présumer qu'une similitude d'attitudes, qui a entraîné un effet restrictif sur la concurrence, découle nécessairement d'un accord préalable ?

Ce problème ne peut être abordé d'une manière purement théorique. Il faut pour le résoudre sur le plan juridique, tenir compte des phénomènes particuliers qui peuvent se réaliser sur les marchés modernes, particulièrement sur les marchés d'oligopoles.

SECTION 1

LES DONNÉES ÉCONOMIQUES DU PROBLÈME

85. — Selon la définition classique, on dit qu'il y a oligopole lorsque sur un marché donné un petit nombre de vendeurs sont placés en face d'un grand nombre d'acheteurs. Dans les définitions modernes, cependant, on préfère mettre l'accent sur l'attitude des vendeurs plus que sur leur nombre, et l'on dit qu'il y a situation d'oligopole lorsque « chaque vendeur se demande quel sera l'effet de sa décision prix-quantité sur l'attitude des autres firmes et qu'elles seront leurs réactions » (1). Cette situation, fréquente à notre époque, est connue depuis

(1) R. BARRE, *Economie politique*, Paris, 1959, T. 1, p. 595.

La question de savoir à partir de quel degré de concentration on se trouve en face d'un marché d'oligopole est en soi déjà fort compliquée. Différents critères ont été proposés (Sur l'ensemble du problème, V. J. HOUSIAUX, *Le pouvoir de monopole, Essai sur les structures industrielles du capitalisme contemporain*, Paris, 1958).

longtemps et en 1838 déjà, Cournot analysait la concurrence entre deux, puis entre trois, quatre vendeurs (2). Mais elle a fait l'objet de nombreuses études de la part des théoriciens modernes. Sans entrer dans l'exposé du problème et dans les nombreuses discussions et théories auxquelles il a donné lieu (3), il nous suffit de noter que, sous réserve de certaines divergences, les économistes qui ont étudié la situation d'oligopole, se rejoignent au moins dans l'une de leurs conclusions : dans un certain nombre de cas et dans certaines conditions, l'oligopole aboutit à une action combinée des vendeurs qui agissent « comme tendrait à le faire un monopoleur, voulant tirer au mieux

(2) A. COURNOT, *Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses*, 1838.

(3) Pour une première approche de la situation d'oligopole, V. BARRE, *op. cit.*, p. 548 et s.; — BAUDIN, *Traité précité.*, T. I, *Le mécanisme des prix* par H. GUITTON, p. 472 et s.; — J. MARCHAL, *précité.*, T. I, p. 787 et s.; — E. H. CHAMBERLIN, *The Theory of Monopolistic Competition*, Trad. franc., *La Théorie de la concurrence monopolistique*, Paris, 1953, p. 32 et s.; — W. FELLNER, *Competition among the few*, 1949. — Pour une bibliographie, qui ne laisse pas d'être imposante, on pourra se référer à celles qu'indiquent les ouvrages précités. En prenant le risque de schématiser, on peut dire que les conclusions auxquelles aboutissent les auteurs se centralisent autour de deux idées :

1° En face d'une situation d'oligopole, l'analyse permet-elle d'aboutir à une détermination *a priori* de l'attitude que vont prendre les oligopolistes ?

Pour les indéterministes il n'y aurait pas de solution rigoureuse. « Les deux vendeurs, dit M. H. GUITTON, en exposant la position des indéterministes (BAUDIN, *Traité*, *précité.*, p. 474), sont des sujets au plein sens du terme, ils ne subissent du fait de leur unicité aucune contrainte. Or, on ne fait pas la théorie d'un acte libre. Ainsi, la transparence du marché conduit à une certaine opacité de la théorie, c'est-à-dire à l'impossibilité de fixer un seul point d'équilibre »; et plus loin : « Sur le canevas des courbes d'égal profit, il n'est pas possible de trouver la position d'équilibre. Des combinaisons se forment, mais essentiellement transitoires ». C'est la conclusion à laquelle aboutit M. J. MARCHAL (*Cours précité*, p. 800, « le rôle de la théorie apparaît, dans le domaine du duopole, particulièrement restreint »... « Seule l'étude directe des marchés concrets pourra nous renseigner sur ce qui se passe effectivement sur tel ou tel marché »), surtout semble-t-il, lorsqu'il s'agit de duopole à demande fluide. Certes, dans ce cas, on ne peut pas dire qu'il y ait véritable indétermination, mais la solution est à chercher dans les arguments étrangers au marché, en dehors de la seule considération des courbes d'égal profit et des courbes de réaction, par exemple, dans les forces relatives des firmes en présence (J. MARCHAL, p. 800).

Pour les déterministes, au contraire, des solutions déductives sont possibles, qui conduisent à une classification théorique des situations d'oligopole.

2° Dans la mesure où une détermination est possible, à quels résultats aboutit l'analyse de l'interdépendance conjecturale des oligopolistes ?

Première distinction, il faut considérer deux attitudes différentes des vendeurs, suivant qu'ils reconnaissent ou non, pour déterminer leur conduite, la dépendance mutuelle qui les lie à leurs partenaires. Ainsi, pour M. H. CHAMBERLIN (*op. cit.*, p. 33 et s.) « Si un vendeur détermine sa politique en supposant que ses rivaux ne sont pas influencés par ce qu'il fait, nous pouvons dire qu'il ne tient compte que de son influence directe sur le prix », « mais, dit-il, la seule solution parfaitement compatible avec l'hypothèse centrale que chaque vendeur cherche à maximiser son profit, est celle où les vendeurs tiennent compte de l'effet de leur politique sur leurs rivaux (et par conséquent, sur eux-mêmes) ». Dans le cas du duopole, hypothèse la plus fréquemment étudiée, on aboutit à quatre combinaisons fondamentales : double maîtrise, double dépendance, maîtrise du premier et dépendance du second, maîtrise du second et dépendance du premier (J. MARCHAL, *Cours précité.*, p. 790). Double maîtrise (*duopole de Bowley*), lorsque le vendeur A suppose que le vendeur B va réagir en satellite, c'est-à-dire considérer l'offre du concurrent A comme intangible et à laquelle il ne peut que s'adapter, et lorsque, de son côté, le vendeur B suppose que le vendeur A va réagir lui aussi en satellite. Dans ce cas on est conduit à admettre que l'équilibre obtenu sera instable et l'on

parti de la demande de l'industrie » (5). En premier lieu, les firmes peuvent passer entre elles un accord exprès qui en réglant leurs activités va leur procurer un profit maximum. Il y a entente. Dans une autre série d'hypothèses, et c'est ici que le fait mérite d'être retenu, il n'intervient aucun accord exprès. Mais finalement, en raison de la structure du marché, et principalement du fait que chaque vendeur ou producteur détermine son attitude en raison de l'attitude des autres ou de leurs réactions en face de sa propre attitude, *tout peut se passer comme s'il y avait effectivement entente* : les résultats sont les mêmes. Pour clarifier l'étude de cette situation, il semble que trois aspects de l'attitude des vendeurs soient à considérer.

1° Le fait que les oligopoleurs agissent en considération des attitudes ou des réactions à leur propre attitude, qu'ils sont en mesure de prévoir chez leurs adversaires. Un exemple très élémentaire se trouve dans la détermination du prix, dans le cas où la demande est souple, c'est-à-dire lorsque les acheteurs recherchent toujours le vendeur pratiquant le prix le plus bas. Un vendeur, en réduisant son prix, peut forcer son rival à en faire autant, car il empiète alors sur les ventes de celui-ci. Mais dans un marché suffisamment transparent, il est en mesure de prévoir la réaction de son concurrent qui ne supportera pas sans représailles le prix qu'on lui impose. De sorte que finalement aucun des deux vendeurs ne baissera ses prix, et, dit M. CHAMBERLIN « le résultat sera le même que s'il y avait *un accord monopolistique* entre eux » (6).

2° Le fait qu'il existe dans l'industrie en question une firme « pilote », c'est-à-dire une firme qui commande l'adhésion de ses rivaux à sa propre politique. Il s'agit alors soit d'une entreprise puissante, capable d'inspirer la crainte à ses concurrents, soit d'une entreprise dite « barométrique » (7) qui n'est pas obligatoirement la

parle de prix oscillant. Double dépendance (*duopole de Cournot*), lorsque chacun des deux vendeurs A et B considère l'offre de son concurrent comme intangible, et à laquelle il ne peut que s'adapter. On tend alors vers une situation d'équilibre stable. Maîtrise de l'un et dépendance du second (*duopole de Stackelberg*, ou *duopole asymétrique*), lorsque « le vendeur A fixe son offre de telle sorte que, compte tenu des réactions de B, supposé satellite, l'offre globale et le prix s'établissent de façon telle que A encaisse un profit maximum » (J. MARCHAL, *Cours précit.*, p. 796). Ce marché est *capable d'équilibre*. Ces quatre combinaisons doivent en outre être considérées différemment selon la fluidité plus ou moins grande de la demande, car lorsque celle-ci est visqueuse, il est clair que les vendeurs peuvent opter entre une politique de prix et une politique de quantité.

Deuxième distinction : ces diverses attitudes possibles se concrétisent dans le comportement externe des firmes les unes vis à vis des autres : il y a alors soit *antagonisme* fondamental, soit *coordination* plus ou moins volontaire des actions des deux firmes en vue de tirer le meilleur parti possible (au point de vue du profit conjoint maximum), des caractères de la demande. D'où une classification selon le degré de coordination (R. BARRE, *op. cit.*, p. 147) : oligopole complètement coordonné (entente), oligopole sans coordination et oligopole partiellement coordonné. C'est dans ce dernier cas que se pose le problème de l'existence ou de la non existence d'un accord.

(5) R. BARRE, *op. cit.*, p. 547.

(6) *Op. cit.*, p. 52.

(7) STIGLER, *The Theory of competitive Price*.

plus puissante, mais en tout cas la mieux informée. Les autres concurrents se comportent alors en satellites et alignent leur politique sur celle de la firme pilote. Tout se passe comme s'il y avait entente entre eux.

3° Le fait que les firmes en présence peuvent arriver à un « accord tacite ». On dépasse les deux stades précédents car on ne se contente plus d'envisager et de prévoir les réactions des autres oligopoleurs, ou de s'aligner sur leur politique. On assiste à ce véritable marchandage implicite qui a été décrit par Fellner. La politique finale des firmes sera atteinte à la suite d'une série d'ajustements progressifs. Comme l'écrit le Professeur BARRE (8) « c'est un marchandage au cours duquel chaque partie essaie de découvrir dans les réponses des autres parties quelles sont les conséquences ultimes de ses propres types de comportement ».

Ce marchandage de fait peut être rapproché des discussions qui précèdent tout accord. En outre, on peut dire que la politique finalement suivie par les oligopoleurs est dictée par l'idée d'un intérêt commun, différent des intérêts de chaque membre pris isolément.

SECTION 2

LA SOLUTION DU PROBLÈME JURIDIQUE

86. — Le problème est de savoir si, dans les trois cas décrits, les règles relatives aux ententes vont pouvoir être appliquées aux oligopoleurs. Peut-on dire qu'il y ait dans ces cas action concertée ? Que faut-il entendre par action concertée ? Des politiques commerciales restrictives de concurrence, dictées par la conscience que les activités des oligopoleurs sont interdépendantes suffisent-elles à réaliser une action concertée ? Ou bien faut-il qu'il y ait véritablement accord, au sens strict, rencontre de volontés et décision commune ?

Le terme d'action concertée est apparu, pour la première fois dans les législations européennes, dans l'article 65 du Traité CECA. Et il est vraisemblable que ce dernier a influencé à son tour les rédacteurs français du décret du 9 août 1953, puis ceux du Traité CEE (9). En ce qui concerne le Traité CECA, il ne fait aucun doute que la notion a été inspirée du concept américain de « concerted action » (10). Mais autre chose est de savoir le rôle que peut jouer

(8) *Op. cit.*, p. 551.

(9) Au contraire, la loi allemande continue d'ignorer ce concept. Le paragraphe I de la GWB ne vise que les conventions (Verträge) et les décisions d'associations (Beschlüsse von Vereinigungen).

(10) Les auteurs sont unanimes à ce sujet. V. en part. JÉRUSALEM, *Das Recht der Montanunion*, précit., p. 150 ; — THIESING, *Kommentar zum EWG-Vertrag : Handbuch für Europäische Wirtschaft*, T. I, A, p. 19 ; — KRAWIELICKI, *Das Monopolverbot im Schumanplan*, Tübingen, 1962, p. 15 ; — H. RIEBEN, *De la cartellisation des industries lourdes européennes à la CECA* : Académie de La Haye, *Rec. des cours*, T. 90, 1956, III, p. 128.

ici le droit des U.S.A. Il est impossible de soutenir que les juridictions qui ont à appliquer les Traités soient liées par les normes d'un droit étranger et en particulier par les décisions de la Cour Suprême des Etats-Unis. Les Traités ont introduit un droit autonome, qui en l'absence d'une référence expresse aux institutions des droits nationaux, doit être interprété selon les buts particuliers auxquels il tend. En face des difficultés d'interprétation, la Cour de Justice reste finalement souveraine. Mais il est certain que, dans la mesure où elle permet d'éclairer les problèmes de l'action concertée, cette expérience ne pouvait être totalement ignorée (11). Il n'est donc pas sans intérêt de considérer brièvement la jurisprudence de la Cour suprême en la matière.

§ 1. — *Le problème en droit américain anti-trust*

87. — Dans quelle mesure les pratiques auxquelles peut donner naissance un marché d'oligopole sont-elles en contradiction avec la section I du Sherman Act qui requiert pour son application l'existence d'un contrat (contract) ou d'une coalition (conspiracy)? La jurisprudence de la Cour Suprême a donné lieu à deux doctrines, celle de « l'action parallèle » et celle des « prix directeurs » (12).

88. — a) La doctrine du parallélisme d'action s'est développée à partir de l'arrêt « Interstate Circuit Inc. v.U.S. » (13) affaire dans laquelle huit directeurs d'agences de distribution de films cinématographiques avaient reçu de la société distributrice qui les approvisionnait une lettre, les engageant, sous menace de refus de livraisons, à pratiquer des prix minimum similaires et à interdire des séances comportant projection de deux films. La lettre était en outre rédigée de telle manière que chacun des destinataires savait qu'elle avait été adressée en même temps aux sept autres. Enfin, les huit agences et la firme Interstate Circuit Inc. qui était également distributrice directe et de qui émanait la proposition, assuraient 70 % de la distribution totale des films sur le marché en cause. La Cour de district avait admis qu'il y avait violation de la section I du Sherman Act car, disait-elle, les distributeurs s'étaient mis d'accord pour agir uniformément à la suite des propositions faites par Interstate Circuit. C'est justement ce point qui était contesté par les appelants devant la Cour Suprême. Le fait d'accepter individuellement les termes d'une propo-

(11) KRAWIELICKI, *op. cit.*, p. 14 et 15. Selon le professeur GABRIEL (*Zur Interpretation des Art. 65 des M. V.*, Weltwirtschaftliches Archiv., n° 86, 1961, p. 1 et s.) il faudrait même aller plus loin et admettre que les rédacteurs en se référant à des notions inconnues du droit européen, voulaient leur donner le contenu de la jurisprudence américaine au jour de la rédaction. — *Contra*, WOHLFARTH-EVERLING, *Kommentar* précit., p. 242.

(12) « Conscious parallel action » et « price leadership ».

(13) 306. U.S. 208 (1939). V. les extraits dans *Federal Antitrust Laws, Cases and Comments*, de S. C. OPPENHEIM, précit., p. 226.

sition ne pouvait pas constituer un accord (14). Sans se placer sur ce terrain de l'existence formelle d'un accord, la Cour, après avoir noté que, en fait, les agissements incriminés avaient entraîné un changement radical par rapport aux pratiques d'affaires antérieures et une augmentation très nette des prix dans la plupart des salles de cinéma, fit état du fait que, en adhérant au plan proposé, chacun des distributeurs savait que les autres accepteraient la combinaison (15). En effet, pris isolément, un distributeur ne pouvait pas s'engager seul dans une politique dont les conséquences auraient été désastreuses pour lui. Il était impossible d'admettre que l'adhésion des huit producteurs fût l'effet du seul hasard. Finalement, la Cour concluait que, sans que soit rapportée la preuve d'un accord préalable (16), « l'acceptation par les concurrents, en dehors de tout accord préalable, d'une offre de participer à un plan qui, s'il est mené à bien, conduit nécessairement à une restriction du commerce entre Etats, est suffisante pour établir une coalition illicite au regard du Sherman Act ».

En l'espèce, la section I du Sherman Act fut donc déclarée applicable bien que les concurrents ne se soient pas concertés entre eux. Un tel concert n'avait pas à être prouvé directement. Surtout, il n'était même pas nécessaire de le présumer à partir d'indices matériels, comme avaient cru devoir le faire les juges de la Cour de district. Il suffisait pour que l'action concertée soit réalisée, que chaque concurrent ait adhéré à un plan d'ensemble en sachant, et parce qu'il savait, que les autres allaient agir de même (17).

89. — Dans des circonstances sensiblement différentes, une cour d'appel a pu estimer, après analyse des faits, qu'une action concertée pouvait même être établie sans que l'adhésion à un plan fût directement prouvée (18). La cour relevait que le fait pour les huit principaux distributeurs de films de la ville d'Allentown, de refuser de livrer des films dits d'exclusivité à un propriétaire de salle, pouvait constituer une action concertée. Il était évident, d'après les faits de la cause, qu'il y avait unanimité des politiques commerciales : car chaque distributeur avait, en refusant d'agréer une offre très intéressante, agi

(14) « The undertook to carry that burden by calling upon local managers of the distributors to testify that they had acted independently of the others distributors, and that they did not have conferences with or reach agreements with the others distributors or their representatives... »

(15) « ... Each distributor was advised that the others were asked to participate; each knew that cooperation was essential to successful operation of the plan... »

(16) « Acceptance by competitors, without previous agreement, of an invitation to participate in a plan the necessary consequence of which, if carried out, is restraint of interstate commerce, is sufficient to establish an unlawful conspiracy under the Sherman Act. »

(17) V. dans le même sens *US. v. Masonite Corp.* 316 *US* 265 (1942) « It was enough that, knowing that concerted action was contemplated and invited, the distributors gave their adherence to the scheme and participated in it... »

(18) *Milgram v. Loew's inc.* 192 *2d*. 579 (1951); 343 *US*. 929. OPPENHEIM, *op. cit.*, p. 233.

en contradiction apparente avec ses propres intérêts (19). Le point important restait que chaque concurrent avait pris sa décision, parce qu'il savait que les autres agiraient de même (20). Cependant, la Cour prenait soin de préciser que de simples pratiques parallèles conscientes n'étaient pas en elles-mêmes suffisantes pour constituer une *action concertée* (21).

90. — En revanche, la Federal Trade Commission, développant la doctrine de l'arrêt « Interstate Circuit », devait franchir un pas de plus et affirmer que « lorsqu'un certain nombre d'entreprises suivent des voies parallèles dans leurs agissements, en connaissant et en considérant le fait que toutes agissent de manière semblable, elles ont en fait, réalisé un accord... Le fait est évident, que l'effet économique de prix identiques, réalisés grâce à une action parallèle consciente, est le même que celui de prix identiques réalisés grâce à une coalition expresse, et, pour cette raison, la commission a traité le parallélisme d'action conscient comme une violation du Federal Trade Commission Act » (22). Il n'est pas exagéré de penser que aux termes de cette doctrine, les situations de fait que peuvent engendrer les marchés d'oligopoles, et que nous avons décrites précédemment, pouvaient tomber sous le coup des lois anti-trust concernant les ententes. Cette position pouvait avoir les effets les plus graves, lorsque l'on sait que dans les marchés fortement oligopolisés, la distinction entre l'action concertée et l'action indépendante tend à disparaître.

91. — La Cour Suprême n'a pas suivi cette voie. Marquant une sorte de coup d'arrêt, elle devait prouver dans l'affaire « Theatre Entreprises » (23) que le simple parallélisme d'action ne suffit pas à réaliser une action concertée. En l'espèce, un propriétaire de cinéma, situé à huit milles du centre de la ville de Baltimore avait essayé d'obtenir des films d'exclusivité, projetés en première vision dans la ville. Il s'était heurté au refus de chacun des neufs principaux distributeurs de films, au motif que leur politique commerciale consistait à assurer la publicité de leurs films en réservant l'exclusivité, pendant

(19) « Here we add that each distributor refuses to license features on first run to a drive-in even if a higher rental is offered. Each distributor has thus acted in apparent contradiction to its own self-interest. »

(20) « Further, each distributor acted with knowledge of the policies of his competitors. »

(21) « This uniformity in policy forms the basis of an inference of joint action. This does not mean, however, that in every case mere consciously parallel business practices are sufficient evidence, in themselves, from which a court may infer concerted action. »

(22) « When a number of enterprises follow a parallel course of action in the knowledge and contemplation of the fact that all are acting alike, they have, in effect, formed an agreement... The obvious fact (is) that the economic effect of identical prices achieved through conscious parallel action is the same as that of similar prices achieved through over collusion and, for this reason, the Commission treated the conscious parallelism of action as a violation of the Federal Trade Commission Act. » (Cité dans *Report of the Attorney General's National Committee to study the Antitrust Laws*, Washington, 1955).

(23) *Theatre Entreprises, inc. v. Paramount Film distributing Corp.* 346. US. 537 (1954). OPPENHEIM, *op. cit.*, p. 230.

un certain temps, aux huit cinémas du centre. A ce point de vue, la concession d'une licence d'exclusivité au demandeur n'aurait offert aucun intérêt, à cause de la situation excentrique de ce dernier. Or, il était allégué que le succès des visions en exclusivité était indispensable pour assurer le rendement financier ultérieur d'un film. La question était de savoir si la conduite des distributeurs résultait de décisions indépendantes ou d'un accord tacite ou exprès, et après avoir rappelé sa jurisprudence antérieure, la Cour Suprême refusa d'admettre en l'espèce l'existence d'une coalition au sens du Sherman Act. Elle prenait soin de préciser qu'elle n'avait jamais décidé que la preuve d'agissements parallèles établissait d'une façon concluante l'existence d'un accord, autrement dit, que de telles conduites constituaient une violation du Sherman Act (24).

92. — b) La doctrine des « prix directeurs » s'est exprimée dans la célèbre affaire « American Tobacco » (25). A côté d'autres points litigieux, il s'agissait de savoir si la section 2 du Sherman Act pouvait être appliquée aux trois grands de l'industrie américaine de la cigarette, « l'American Tobacco Co », la « Liggett and Myers Tobacco Co » et la « Reynolds Tobacco Co » (26). Les sociétés pouvaient-elles être convaincues d'avoir participé à une entente en vue de monopoliser une partie du commerce entre Etats ? A côté du problème des moyens et de l'intention de monopoliser, se posait celui de la réalisation d'une entente susceptible de détenir et d'utiliser le monopole (27).

Après avoir procédé à une étude détaillée de la structure du marché de la cigarette et avoir relevé que les trois firmes en cause contrôlaient en 1939 68 % de la production totale, la Cour examinait leur politique commerciale et y trouvait des indices suffisants d'une action concertée. Toutes les ventes, tant aux grossistes qu'aux quelques détaillants directement approvisionnés, s'effectuaient par référence à des listes de prix spéciales à chacune des firmes. Mais la Cour remarquait que « les prix de barèmes et les escomptes accordés par les demandeurs avaient été pratiquement identiques depuis 1923 et absolument identiques depuis 1928. Depuis cette dernière date, sept modifications seulement étaient intervenues du fait des trois compagnies et elles avaient été identiques dans leurs montants. Les augmentations étaient déjà annoncées par Reynolds. Puis American et Liggett augmen-

(24) « This Court has never held that proof of parallel business behavior conclusively establishes agreement or, phrased differently, that such behavior itself constitutes a Sherman Act offense. Circumstantial evidence of consciously parallel behavior may have made heavy inroads into the traditional judicial attitude toward conspiracy; but « conscious parallelism » has not yet read conspiracy out of the Sherman Act entirely. »

(25) *American Tobacco Co. v. US*. 328 US. 781 (1946). OPPENHEIM, *op. cit.*, p. 416.

(26) Respectivement propriétaires des marques *Lucky-Strike*, *Chesterfield* et *Camel*.

(27) « An essential element of the illegal monopoly or monopolization charged in this case is the existence of a combination or conspiracy to acquire and maintain the power to exclude competitors to a substantial extent. »

taient les prix de barèmes dans une mesure identique » (28). En particulier, en juin 1931, Reynolds avait brusquement augmenté le prix de la Lucky Strike de 6,40 \$ à 6,85 \$ le mille. Le même jour, les deux autres firmes portaient également les prix de Camel et Chesterfield à 6,85 \$ le mille. En 1933, pour lutter contre la concurrence de cigarettes bon marché, dont la vente était passée de 0,28 % en 1931 à 22,78 % des ventes totales de cigarettes en 1932, les trois firmes baissèrent leurs prix jusqu'à 5,50 \$ le mille. Puis, en 1934, les prix remontèrent à 6,10 \$ le mille, en 1937 à 6,25 \$ et en 1940 à 6,53 \$.

C'est à partir de ces faits précis que la Cour acquerrait la certitude qu'il existait une entente entre les trois firmes (29). En revanche, les demandeurs, déjà condamnés par des instances inférieures, tentaient de démontrer qu'une telle similitude de politiques s'expliquait en l'absence de toute entente, par les données propres à un marché d'oligopole. Reynolds constituait le type même de la firme directrice et les autres compagnies n'avaient d'autres possibilités que de s'aligner sur elle. Le directeur de l'American alla même jusqu'à affirmer à la fois, qu'il devait réduire ses prix lorsque Reynolds baissait les siens car il ne pouvait alors prendre le risque de voir tomber ses ventes au profit de son concurrent, et qu'il devait élever également ses prix lorsque Reynolds augmentait les siens, car alors, le surcroît de profit de Reynolds lui permettait d'accentuer sa publicité, ce qui aurait finalement tourné au détriment de l'American ! Sans aller jusque-là, on pouvait, il est vrai, soutenir, du strict point de vue de la théorie économique, que les oligopoleurs n'avaient pas d'autres voies que d'aboutir, avec ou sans accord formel entre eux, à des prix identiques. Mais il est à noter que la Cour a fondé sa décision sur l'existence, certaine à ses yeux, d'une coalition entre les trois firmes : *coalition qui allait plus loin que des décisions isolées d'aligner ses prix sur ceux d'un concurrent*. En particulier, le fait que la réponse de l'American et de Liggett aux prix de Reynolds était immédiate, dut jouer un rôle déterminant, dans la présomption de l'existence d'un accord « stricto sensu ».

93. — En définitive, il est impossible de soutenir que les situations d'oligopoles, lorsqu'elles aboutissent à des résultats identiques à ceux qu'auraient entraînés une entente formelle, tombent « ipso facto » sous le coup des textes relatifs aux ententes. Aucune des trois hypothèses fondamentales que nous avons mentionnées — décision indépendante fondée sur la réaction prévue des concurrents, alignement sur la politique d'une firme directrice, quasi-accord à la suite d'un marchandage tacite — ne suffit à elle seule à réaliser en droit

(28) « The list prices charged and the discounts allowed by petitioners have been practically identical since 1923 and absolutely identical since 1928. Since the latter date, only seven charges have been made by the three companies and those have been identical in amount. The increases were first announced by Reynolds. American and Liggett thereupon increased their list prices in identical amounts. »

(29) « The following record of price changes is circumstantial evidence of the existence of a conspiracy. »

américain une action concertée. L'existence d'une action concertée, dans les situations d'oligopole, requiert des conditions supplémentaires. Il paraît même impossible de tirer une doctrine nette de la jurisprudence de la Cour, quand on cherche à préciser ces conditions supplémentaires. Il semble bien qu'elles doivent être appréciées dans chaque cas particulier. Différents points peuvent être pris en considération : le degré et la persévérance dans l'uniformité des conduites des concurrents, la rapidité de réponse des concurrents à l'action de l'un d'entre eux, le fait que l'uniformité dans les mouvements de prix concerne aussi bien la hausse que la baisse, le fait que les conduites soient explicables ou non par les intérêts des concurrents pris isolément, etc. (30).

On voit cependant se dessiner, au-dessus de la diversité des espèces, trois idées :

1° Les situations d'oligopole facilitent la conclusion d'accords. Mais le seul parallélisme d'actions ne peut à lui seul, ni constituer une action concertée, ni faire présumer un accord.

2° Un accord verbal, préalable aux activités parallèles des concurrents, peut-être *présumé* par le juge, lorsque des indices sûrs viennent s'ajouter au simple parallélisme d'actions.

3° Dans certains cas, en particulier lorsque les agissements des industriels ont le caractère d'une adhésion à un plan, parce qu'ils sont motivés par la connaissance que chaque concurrent possède des réactions de ses voisins, le parallélisme d'actions constitue en lui-même une action concertée, sans qu'il soit nécessaire de présumer l'existence d'un accord préalable. On est à la limite de la notion d'accord.

§ 2. — *Le problème en droit français et en droit communautaire*

94. — Faut-il appliquer la notion d'action concertée à des situations dans lesquelles apparaît un parallélisme d'actions, sans qu'un accord préalable doive être prouvé ou *présumé* ? Quel est tout d'abord l'apport de la jurisprudence française en la matière ?

95. — 1° Sur la base de l'article 59 *bis* de l'ordonnance 45-1483, aucun tribunal n'a encore eu l'occasion de statuer à l'égard d'une action concertée. La Commission technique des ententes, en revanche, a donné quelques indications qu'il convient d'examiner. Dans son premier rapport, la Commission a exposé les critères sur lesquels elle fondait la qualification d'une entente. « La Commission ne saurait s'en tenir aux apparences et elle est habilitée à rechercher si les pratiques *effectivement suivies* (31) par les entreprises constituent la manifestation d'une action concertée ou d'une entente au sens de l'article 59 *bis* de l'ordonnance. Elle arrête alors sa conviction au vu d'un examen de la situation de fait du marché du produit considéré... Il

(30) *Report of the Attorney General's National Committee*, précit., p. 39.

(31) En italique dans le texte.

convient d'observer d'ailleurs que la Commission pousse assez loin ses investigations sur la situation de fait et qu'elle ne retient pas de simples présomptions pour admettre l'existence d'une entente » (32). De même, on peut lire dans le rapport pour les années 1958 et 1959 : « il est désormais parfaitement clair que la Commission se reconnaît pleinement compétente pour affirmer l'existence de pratiques d'ententes, même en l'absence de contrat écrit ou d'aveu des industriels en cause ».

Il semble donc que la position de la Commission repose sur deux principes :

— L'accord peut être présumé;

— Mais il ne peut l'être qu'à partir de pratiques effectivement suivies, et d'indices justifiant une certitude absolue de l'existence de l'entente. En cas de doute la présomption doit être écartée.

Ces principes ont reçu leur application dans divers avis rendus par la Commission (33). Une seule des affaires, l'entente entre fabricants de fûts métalliques, mettait en jeu un parallélisme d'actions proprement dit. Dans les trois autres, une action commune était directement prouvée. En l'espèce, cinq entreprises répondant aux appels d'offres de la direction centrale des essences des armées avaient soumis des offres « comportant une limitation des quantités offertes et à des prix généralement plus élevés que ceux consentis à la clientèle privée pour des quantités plus faibles ».

La Commission estima que l'ensemble de ces circonstances révélait l'existence d'un accord pour la répartition des quantités offertes. Ce n'était pas dire que le simple parallélisme suffisait pour que soit présumé l'accord. En effet, la Commission prenait soin de relever que les intéressés n'avaient pu apporter aucune justification à l'appui de leur conduite : ni l'existence de difficultés d'approvisionnement, ni l'imposition de charges particulières n'étaient démontrées. On peut donc penser que pour la Commission, le simple parallélisme ne suffit pas à réaliser une action concertée. Il faut qu'un accord puisse être présumé sur la base d'autres constatations, mais il suffit pour cela que, eu égard aux circonstances économiques particulières, le parallélisme ne puisse normalement s'expliquer que par le jeu d'un accord entre les concurrents (V. *Addendum*).

96. — 2° Dans l'application qu'ils ont faite de l'article 419 du Code pénal, les tribunaux ont rarement eu l'occasion de se prononcer à l'égard d'actions concertées. La quasi-totalité des arrêts se rapporte à des affaires dans lesquelles un accord entre les concurrents était directement prouvé. C'est cependant à l'occasion d'une des plus importantes affaires dont ils aient eu à connaître, celle de la Société des

(32) *Rapports*, 1954-59, p. 5.

(33) *Fabricants de verre électrotechnique : Rapports*, 1954-59, p. 12 et 13); — *Fabricants de fûts métalliques : ibid.*, p. 21; — *Fabricants de culots de lampes électriques : ibid.*, p. 23 et 24); — *Fabricants de cœurs d'aiguillages en acier moulé au manganèse : ibid.*, p. 51 et 52.

métaux, qu'ils ont été amenés à préciser la portée de la disposition pénale (34).

La Société industrielle et commerciale des métaux, fondée par Secrétan et Laveissière, s'était lancée dès 1887 dans une vaste opération de spéculation sur le cuivre. Disposant de l'appui du Comptoir d'Escompte, elle avait passé des contrats avec la presque totalité des compagnies minières du monde entier, et s'était assurée pendant trois ans la livraison de 550 000 tonnes de cuivre. Les cours mondiaux passèrent brutalement de 38 livres la tonne en octobre 1887 à 80 livres au mois de décembre de la même année. La hausse avait été de 1 livre en moyenne par jour. A la suite d'une brusque cessation des achats, la Société resta nantie d'un stock énorme et les avances du Comptoir d'Escompte ne purent être couvertes. A la fin de 1888 la situation des deux sociétés était désespérée. Elle devait entraîner le suicide du directeur du Comptoir d'Escompte. Outre un certain nombre de points litigieux, la Cour de Paris sur appel du jugement du Tribunal Correctionnel de la Seine du 28 mai 1890 eut à résoudre le problème de l'existence d'une coalition entre les diverses compagnies productrices de cuivre. En première instance, la question avait été très brièvement tranchée, les juges tirant la présomption de coalition du fait que les sociétés minières étaient intéressées à l'opération. Or, disait-on, il n'y a jamais eu accord entre celles-ci; elles n'ont fait que consentir des contrats d'exclusivité à Secrétan : la coalition entre les principaux détenteurs que requiert l'article 419 du Code pénal (35) fait absolument défaut.

Malgré cette argumentation apparemment sans faille, la Cour de Paris conclut à l'existence d'un accord entre l'ensemble des producteurs et Secrétan car, disait-elle :

« Les mines, en concluant des contrats avec Secrétan, se rendaient un compte exact des conditions dans lesquelles cet accord intervenait et des résultats qu'il devait produire; aucune d'elles, en traitant avec Secrétan, n'a ignoré que les autres traitaient aussi avec lui de la vente de leurs cuivres; cette connaissance générale que chacune des mines a eue des contrats consentis par les autres, ne peut faire question, à raison du long temps qu'ont duré les négociations qui les ont précédés, du vif intérêt que ces négociations éveillaient et de l'attention avec laquelle elles étaient suivies dans le monde métallurgique; elle est d'ailleurs établie par les documents fournis à la Cour, notamment par la correspondance dans laquelle on voit certaines mines invoquer auprès de Secrétan les conditions auxquelles il traite avec d'autres mines et les demander pour elles-mêmes : ainsi, chaque mine, en traitant comme elle l'a fait avec Secrétan, a su que le contrat par elle conclu avec lui n'était point isolé, mais faisait, au contraire, partie d'un ensemble qui constituait pour lui une vaste entreprise » (36).

(34) Trib. corr. Seine 28 mai 1890; — Paris 5 août 1890, sous Crim. 24 avril 1891 : *D.* 1893, 1, 49; *S.* 1892, 1, 476; — Paris (statuant au civil) 18 déc. 1890 : *GP.* 1890, 2, 716; *Rev. des soc.* 1891, 90.

(35) Art. 419, C. pén., rédaction de 1810.

(36) En réalité, cette idée se trouve déjà dans un arrêt de la Cour royale d'Aix en date du 27 juin 1838 (sous Crim. 31 août 1838 : *S.* 1838, 1, 987). « Il importe peu, dit la Cour, que cette coalition des fabricants ait été formée dans une assemblée générale, ou par des adhésions obtenues de chacun d'eux; il est certain, et cela suffit, que tous ont parfaitement su qu'en traitant avec Mille, ils

Ainsi il était admis qu'en l'absence de tout accord préalable, le délit de coalition peut être réalisé par un ensemble de décisions individuelles prises dans la certitude que les autres concurrents agiront d'une manière identique (37). La décision, fondée sur l'adhésion à un plan, ne laisse pas de montrer une curieuse parenté avec celle que la Cour Suprême des Etats-Unis devait rendre un demi siècle plus tard dans l'affaire Interstate Circuit (38). Elle montre jusqu'à quel point peut être poussée la notion d'entente au sens de l'article 419 du Code pénal.

Le 14 décembre 1916, la Chambre Criminelle devait adopter la même position, à l'occasion d'une coalition de faible importance (39), en estimant que le fait pour des producteurs et distributeurs de lait de donner isolément leur adhésion à une proposition d'augmentation des prix, formulée par le vice-président du syndicat dans une circulaire, constituait bien une coalition au sens de l'article 419 du Code pénal, dès lors que l'augmentation avait été pratiquée en fait. La circonstance que les producteurs et distributeurs appartenaient au même syndicat a pu jouer un rôle en l'espèce, mais, remarquons-le, la lettre du vice-président n'avait pas le caractère d'une décision, c'était une simple proposition.

97. — 3° A l'égard enfin des articles 65 CECA et 85 CEE, les autorités chargées de leur application, n'ont jamais eu l'occasion de statuer sur des cas d'action concertée. Théoriquement, il semble hors de doute qu'il faille donner à l'expression « action concertée » un contenu identique dans le droit positif français et dans les deux Traités. Rien ne justifie de s'engager dans deux voies d'interprétation différentes. Il ne faudrait donc retenir, semble-t-il, que l'identité des termes utilisés dans l'article 59 *bis* de l'ordonnance 45-1483 et dans les deux Traités. La rédaction allemande de l'article 85 CEE appelle cependant sur ce point une remarque.

98. — Les rédactions françaises des articles 65 CECA et 85 CEE utilisent le même terme « *d'action concertée* ». Mais, tandis que la traduction allemande de l'article 65 CECA portait les termes « *Verab-*

adhéraient à une coalition qui n'avait été et ne pouvait avoir d'autre but que celui d'élever les prix par la destruction de la concurrence ». Mais les circonstances de fait étaient moins caractéristiques que dans l'affaire de la Société de métaux, car, en l'espèce, la conduite des entreprises ne laissait aucun doute sur l'existence d'une entente.

(37) L'application de l'art. 419 fut pourtant écartée en l'espèce car il manquait dans les faits incriminés un élément constitutif, le but de ne pas vendre ou de ne vendre qu'à un certain prix : Secrétaire n'avait pris sur ce point aucun engagement. Maître en fait du marché, il ne s'était jamais obligé juridiquement à hausser les cours. Cependant, lorsque l'affaire revint devant la Cour de Paris, à l'occasion de l'instance civile, les juges purent décider que les agissements en cause constituaient une atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie (Paris 18 déc. 1890, *précit.*).

(38) *Interstate Circuit. inc. v. U.S.* *précit.*

(39) Cass. crim. 14 déc. 1916 : *S.* 1917, 1, 65, note Roux ; *GP.* 1916-1917, 407.

redeten Praktiken », la version de l'article 85 CEE comporte une expression différente, celle de « *Aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen* ». Comment expliquer une telle différence de rédaction ? Certes, dans le Traité CECA, seule la version française a valeur juridique (40) contrairement au traité CEE, rédigé simultanément en quatre langues (41), de sorte que l'on ne peut pas assigner aux termes « action concertée » un contenu différent selon les deux textes. Mais pourquoi les rédacteurs du traité CEE ont-ils abandonné l'expression « *Verabredeten Praktiken* » pour lui en substituer une autre, sinon parce qu'ils jugeaient cette dernière plus satisfaisante pour correspondre aux mots « action concertée ». Or, en langue allemande, l'expression « *aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen* » à une signification plus étendue que celle de « *Verabredeten Praktiken* » (42). Elle peut certainement recouvrir des actions parallèles qui ne reposent pas sur un accord. Au contraire, cette idée d'accord est impliquée dans l'expression « *Verabredeten Praktiken* ».

L'argument est sans doute intéressant, mais quelle est sa valeur, dans la mesure où il repose sur un texte, la version allemande de l'article 65 CECA, qui n'est qu'une traduction libre, sans autorité juridique ? L'aspect négatif de l'argumentation (les rédacteurs n'ont pas utilisé l'expression « *Verabredeten Praktiken* ») rend sa valeur des plus douteuse. En revanche, il importe de donner aux termes « action concertée » et « *aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen* » un contenu identique. Or, il est admis, en droit international, que lorsque deux textes ont égale valeur juridique, on doit préférer celui dont la portée est la plus restrictive et qui, par là, indique quel est le contenu maximum commun des deux textes (43). Si le terme « *aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen* » peut aller jusqu'à la simple conformité d'actions, il faut lui préférer l'expression « action concertée » qui implique nécessairement l'idée d'accord.

99. — Compte-tenu de ces remarques, de la jurisprudence française et de l'exemple offert par la jurisprudence américaine, il semble dès lors permis d'établir les points suivants :

1° En ce qui concerne le concept d'action concertée :

a) Il faut donner à l'expression « action concertée » un contenu

(40) Art. 100, CECA.

(41) Art. 248, CEE.

(42) Alors que le mot « *Verabredet* » implique l'idée qu'un accord est à la base des pratiques suivies, le mot « *abgestimmt* » suggère une idée de simple conformité des comportements entre eux.

(43) Cour Permanente de Justice, Aff. *Mavrommatis* (Rec. des arrêts, Série A, n° 2, p. 19). « La Cour estime que, placée en présence de deux textes investis d'une autorité égale, mais dont l'un paraît avoir une portée plus étendue que l'autre, elle a le devoir d'adopter l'interprétation restreinte qui peut se concilier avec les deux textes et qui, dans cette mesure, correspond sans doute à la commune intention des parties. »

identique dans le droit interne et dans les deux Traités CECA et CEE (44).

b) Deux éléments apparaissent dans l'action concertée. Un élément objectif, les pratiques effectivement suivies par les concurrents. Un élément intentionnel qui est à la base de l'accord; chaque concurrent agit parce qu'il sait d'une manière *certaine* et *durable* que les autres concurrents vont agir dans le sens prévu. Cette certitude ne découle pas obligatoirement d'un concert préalable aux agissements, il suffit qu'elle existe chez chaque participant, pris isolément. Mais le premier élément à lui seul ne saurait suffir pour que l'on puisse estimer que l'entente est réalisée.

c) Le concert préalable ou la certitude de chaque concurrent quant à la décision de ses partenaires peuvent être présumés à partir d'indices suffisamment précis.

2° En ce qui concerne les situations d'oligopoles :

a) Ces situations peuvent donner lieu à un parallélisme d'actions absolument semblable à celui qui découlerait d'une entente préalable.

b) Ce simple parallélisme ne saurait à lui seul permettre de constater l'existence d'une action concertée. Il suffit pour s'en convaincre de reprendre séparément les trois aspects possibles de l'attitude des vendeurs en situation d'oligopole, tels que nous les avons soulignés.

Dans le premier cas, c'est-à-dire lorsque les oligopoleurs agissent simplement en considération des réactions qu'ils prévoient chez leurs concurrents, ce qui peut entraîner un parallélisme d'actions, il est impossible d'assimiler à un accord ce qui n'est que connaissance des conditions du marché. En outre, l'hypothèse reste largement théorique, car une transparence absolue du marché n'est jamais réalisée. Au contraire, l'effort des auteurs modernes a consisté à montrer que bien d'autres facteurs que la seule considération des réactions des partenaires, viennent influencer la décision de l'entrepreneur.

Dans le second cas, celui de la « firme pilote » rien ne permet *a priori*, d'estimer qu'il y a accord entre les satellites. Tant que les décisions prises par les vendeurs ne sont pas en contradiction avec leur intérêt particulier, on doit penser qu'elles rentrent dans le cadre normal de leurs politiques commerciales ou industrielles : d'autres circonstances doivent s'ajouter au parallélisme pour que l'on puisse présumer une entente.

Dans le troisième cas, enfin, celui du marchandage implicite, on se rapproche de l'entente, puisque la politique finalement suivie peut-être différente des intérêts stricts de chaque membre, pris isolément. Mais il ne faut pas se cacher que l'équilibre auquel arrivent les oligopoleurs est essentiellement précaire. Résultant d'un rapport de forces

(44) Il ne faut cependant pas se dissimuler que les diverses autorités chargées d'appliquer les textes pourront donner des interprétations divergentes. La Cour de Justice des Communautés n'est pas liée par la jurisprudence des tribunaux nationaux.

il peut se modifier à tout moment. De sorte qu'il manque ici l'aspect de stabilité dans la prévision qui caractérise un véritable accord. Cet accord peut exister, mais il faudra faire appel pour le prouver à d'autres éléments que le simple parallélisme.

c) Dans ces limites, l'esprit des articles 65 CECA et 85 CEE, comme celui des articles 419 du Code pénal et 59 *bis* de l'ordonnance 45-1483, commande de donner à la notion d'accord la portée la plus large possible. Cet accord peut consister en un accord préalable aux pratiques parallèles. Il pourra alors être soit directement prouvé soit présumé à partir d'indices sûrs. L'accord peut également consister en pratiques qui, et cela va plus loin que le simple parallélisme, sont en *accord les unes avec les autres*, bien que les concurrents ne se soient jamais concertés à proprement parler. Des adhésions individuelles à un plan ou des activités parallèles qui ne peuvent rigoureusement s'expliquer que par la certitude que chacun des autres concurrents agira de manière similaire doivent rentrer dans le concept d'action concertée.

CHAPITRE 2

L'ACCORD JURIDIQUEMENT FORMÉ

100. — Une fois admis que la notion d'accord, telle que l'exigent les textes relatifs aux ententes, est avant tout une question de fait, indépendante de celle de l'existence d'un acte juridique, il convient d'observer que dans de nombreux cas les industriels soucieux de s'unir prennent soin d'assurer une stabilité plus grande à leur engagement en s'obligeant juridiquement (1). L'entente repose alors sur un acte juridique, un contrat. Ce contrat est-il, de par ses caractères propres, doté d'une certaine originalité qui le distingue de la multitude des conventions possibles ? Et dans l'affirmative, c'est-à-dire, si l'on reconnaît au contrat d'entente l'aptitude à constituer un contrat spécial, se confond-il avec l'une des catégories déjà connues de contrats nommés ?

101. — Les attitudes de la doctrine en face de ce problème relèvent de deux tendances très différentes. Le point de vue civiliste a consisté à donner de l'entente une définition *a priori* tirée de l'examen des réalités économiques (2). A partir de cette définition généralement très large, et après avoir effectué un certain nombre de distinctions,

(1) Commission Technique des ententes, *Rapports* 1954-59, p. 17 : « Les ententes résultent, plus fréquemment qu'on ne pourrait le penser, de stipulations écrites, soit que les règles constitutives de l'entente forment autant de clauses d'un contrat conclu entre les différentes entreprises intéressées, soit qu'une société de gestion reçoive spécialement la mission d'assurer l'organisation et le fonctionnement de l'entente ».

(2) C'est la position de tous les auteurs qui se sont spécialement attachés au problème. On ne peut citer que les principaux d'entre eux. Pour le Professeur AMIAUD (*Les nouvelles formes d'ententes...* précit., p. 3) : « On voit chez les peuples les plus progressifs les entreprises concurrentes se refuser à faire usage de la liberté qui est leur est offerte, se concerter, se préoccuper de leurs besoins et de leurs aspirations communes, souvent même renoncer à tout ou partie de leur indépendance dans le but de limiter une concurrence qui menace d'aboutir à leur ruine ». Selon le Professeur L. MAZEAUD (*Le régime juridique des ententes...*, op. cit., p. 11) : « les unions d'entreprises sont les groupements de toute nature, qui, entre personnes créatrices d'utilité (industriels, commerçants, agriculteurs, entrepreneurs de transports, etc.) établissent un lien économique dans le but de donner au marché une organisation durable ». Selon TCHERNOFF (*Ententes économiques...*, précit., p. 50) : « Les ententes industrielles, commerciales et agricoles se ramènent à un accord contractuel entre des individus ou des groupements, sociétés ou autres collectivisés, qui s'entendent pour adopter une ligne de conduite, une action concertée, en vue d'obtenir un résultat économique déterminé, généralement en vue de régulariser ou d'atténuer la concurrence ».

spécialement entre le cartel, ou union partielle, et le trust, ou fusion totale des activités, les auteurs examinent deux questions. En premier lieu, une question de forme : quelles sont les formes juridiques qui conviennent le mieux aux divers types d'ententes : association, société, contrat innomé; le problème est alors essentiellement celui de la validité de l'entente au regard des règles du droit civil et du droit commercial. En second lieu, une question de fond : quel est le contenu des engagements souscrits par les membres de l'entente, et l'on admet qu'il peut aller jusqu'à la fusion complète des activités.

Le point de vue pénaliste, qui est radicalement différent, pousse au contraire à des attitudes tout autres. A une époque où les seuls textes consacrés aux ententes étaient les articles 419 et 420 du Code pénal, la démarche des auteurs consistait à étudier les éléments constitutifs du délit. Avant 1926, la coalition entre les délinquants était au nombre de ces éléments.

L'analyse des termes « réunion ou coalition » aboutissait généralement à deux conclusions : en principe, la question de forme juridique de l'entente était étrangère au problème de l'incrimination : seule importait l'existence d'un accord (3); mais, exceptionnellement, et, peut-on dire, paradoxalement, l'entente conclue sous forme de société semblait devoir échapper à l'incrimination, car il n'y avait plus coalition, mais création d'une personne morale unique (4). Après 1926, la loi visant à la fois l'action individuelle et l'action collective, toute référence à la forme de l'entente devenait inutile du strict point de vue pénal (5) et ce n'est que par tradition et peut-être aussi parce que l'article 419 comportait toujours les termes réunion ou coalition, que l'on signalait que l'existence du délit était indépendante de la forme prise par la coalition (6). Enfin, les premiers commentateurs du décret de 1953, en étudiant le « délit d'entente prohibée », devaient tout naturellement suivre la même démarche (7).

102. — Or, les deux points de vue ne peuvent plus être séparés lorsque l'on admet que les nouveaux textes, spécialement consacrés à la matière, donnent la mesure de l'entente, tant au point de vue civil qu'au point de vue administratif ou répressif. L'apport de la doctrine civiliste conserve sa valeur, mais il faut le soumettre aux limites que les textes imposent à la notion d'entente. Les deux démar-

(3) Ainsi, dans CHAUVEAU et HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, 5^e éd., Paris, 1872, T. V, p. 561 : « Il suffit que plusieurs personnes se soient concertées et soient convenues de ne pas vendre une marchandise, ou de ne la vendre qu'à un certain prix, pour qu'il y ait coalition dans le sens de la loi; tout accord suivi du même résultat subirait la même qualification ».

(4) V. par exemple, PERCEROU, *Des syndicats de producteurs : Ann. dr. com.* 1897, p. 271.

(5) V. GARÇON, *Code pénal annoté*, éd. refondue par ROUSSELET, PATIN et ANCEL, Paris, 1959, sous art. 419, p. 395, n° 31.

(6) V. p. ex. PINOTEAU, *Législation pénale en matière économique et financière*, Paris, 1959, p. 399; — PLAISANT, *J.-Cl. Pénal*, art. 419, p. 3.

(7) BARBRY et PLAISANT : *D.* 1954, chr. 67.

ches traditionnelles doivent être combinées. Reprenant les deux problèmes traditionnels, il convient d'examiner en premier lieu quelles formes sont susceptibles de convenir au contrat d'entente, puis, en second lieu, si tout accord, quel que soit son contenu, est compatible avec la définition légale de l'entente. Le deuxième problème se pose lorsque l'entente entraîne la création d'une personne morale nouvelle qui tend à se substituer aux membres de l'union. Peut-on dire qu'il y ait encore entente ? De la réponse à ce problème dépend le point de savoir si les opérations de fusion ou de participation constituent des ententes, au sens moderne.

SECTION 1

LA FORME JURIDIQUE DE L'ENTENTE ORGANISÉE

103. — Les contrats qui réalisent les ententes constituent-ils une catégorie particulière d'actes juridiques que l'on ne saurait confondre avec d'autres ? La lecture des ouvrages généraux de droit commercial pourrait le faire penser. Ainsi peut-on lire dans le *Traité élémentaire de droit commercial* de RIPERT (8) que ne constitue pas une société « une entente ou coalition entre des industriels et des commerçants pour la défense de leurs intérêts... Seule l'identité des situations individuelles donne à un tel contrat l'apparence d'une défense d'intérêts communs. Il n'y a société que si l'entente devient plus étroite par la formation d'un trust ». De même, dans le *Traité* de MM. HAMEL et LAGARDE : « les ententes industrielles, trusts ou cartels, qui cherchent simplement à limiter la concurrence, à éviter des guerres de tarifs, ne sont pas, malgré leur but intéressé, des sociétés, lors du moins qu'elles ne tendent pas à la réalisation des bénéfices à distribuer par le groupement. Selon qu'elles sont ou ne sont pas destinées à une certaine durée, elles constituent des associations ou des coalitions » (9).

Ainsi, à côté de la catégorie « société » ou « association » il existerait celle de l'entente ou de la coalition. Ce n'est que dans certains cas que ces dernières pourraient se fondre dans les premières.

Il est cependant difficile d'affirmer que telle est exactement la pensée de ces auteurs. Ne veulent-ils pas tout simplement faire entendre qu'une entente économique ne constitue jamais, d'une manière automatique, un contrat de société, sauf lorsqu'elle retrouve exceptionnellement les caractères qui lui font normalement défaut, l'*affectio societatis* et le partage des bénéfices ? Quoi qu'il en soit, outre que l'on ne trouve dans la loi nulle trace de l'existence d'un contrat spécial

(8) *Traité*, T. I, précit., p. 322.

(9) *Traité* précit., p. 487.

destiné aux ententes économiques, de sérieux obstacles s'opposent à ce que l'on puisse voir dans ces dernières une catégorie homogène de contrats. L'unité de la notion serait déjà sérieusement restreinte par le fait que, dans certains cas, l'entente puisse se réaliser sous forme d'association ou de société. D'autre part, on ne peut ignorer qu'en réalité les unions de commerçants ou d'industriels se réalisent par les contrats les plus divers (10).

Cette impossibilité de faire entrer les ententes dans le moule d'un acte juridique particulier et unique conduit dès lors les auteurs, dans leur quasi totalité, à opérer une distinction fondamentale et à opposer l'entente proprement dite à la forme qu'elle peut revêtir, contrat simple, association, société, et aux organes qui peuvent être créés pour la gérer (11). Evidente pour la doctrine qui voyait à la base de cette entente un contrat, cette distinction l'est encore plus lorsque l'on songe, tel que cela ressort des textes examinés, que l'entente peut reposer sur un simple accord qui n'est pas générateur d'obligations. L'entente économique, notion unitaire, peut revêtir les formes juridiques les plus diverses. Mais il conviendra d'observer en outre que, parmi ces formes, il n'en est aucune qui lui soit parfaitement adaptée.

§ 1. — La multiplicité des formes possibles

104. — Les diverses législations applicables aux ententes n'offrent aucun point d'appui lorsqu'il s'agit de déterminer quel type de contrat doivent utiliser des entrepreneurs qui désirent s'organiser en se liant juridiquement. Les mots, entente, coalition, accord entre entreprises n'appartiennent pas au vocabulaire traditionnel du droit des obligations. Quant au terme convention, il est par lui-même dépourvu de toute précision. Seule l'expression « décision d'association » laisserait sous-entendre que une au moins des formes connues est possible.

Force est donc de faire appel aux règles qui gouvernent la constitution des contrats, des associations, des sociétés civiles ou commerciales. Le problème est ici celui de la validité civile de la forme adoptée

(10) Commission technique des ententes, *Rapports* 1954-59, p. 5, 17 et 45.

(11) Cette idée, implicitement énoncée par M. AMIAUD : « On conçoit par le seul fait que ces groupements doivent nécessairement être ramenés à une institution juridique quelle qu'elle soit, que les promoteurs d'une entente ne sauraient donner à leur groupement une vie régulière qu'en lui faisant revêtir, à l'exclusion de toute autre forme, la forme qui est organisée par la loi pour les groupements qui doivent atteindre au but qui est le sien » (*Les nouvelles formes d'ententes*, précit., p. 46), et reprise par M. MAZEAUD : « Les unions se présentent sous les aspects économiques les plus variés, correspondant aux buts les plus divers qu'elles se proposent d'atteindre; et c'est des formes économiques adoptées par chaque entente, du rôle joué par elle, que dépend la forme juridique sous laquelle elle est en droit de se constituer » (*Le régime juridique des ententes*, précit., p. 10) a été remarquablement mise en lumière par TCHERNOFF dans son ouvrage, *Ententes économiques et financières*. « Il ne faut jamais oublier que l'entente économique proprement dite ne doit jamais être confondue avec le groupement organisé sous forme de personne morale qui lui sert d'instrument » (*op. cit.*, p. 361). La même idée est reprise d'une manière encore plus systématique dans deux chroniques de 1933 et 1938 (*DH* 1933, Chr. 36; 1938, Chr. 53). Enfin, pour MM. PLAISANT et LASSIER (*Les ententes industrielles*, précit., p. 11), la forme dans le phénomène de l'entente devient un élément accessoire.

par l'entente et, théoriquement, il faudrait se reporter à l'ensemble du droit commun qui gouverne la matière. Mais toute entente révèle des buts et des moyens d'action qui lui sont propres. Le choix de la forme juridique de l'entente dépend en premier lieu et essentiellement du but économique propre à l'union qui va se réaliser. Elle répond en second lieu à d'autres préoccupations, qui sont plus ou moins étrangères à ce but.

105. — Du point de vue de leur structure et de leurs buts économiques, les ententes doivent être distinguées suivant qu'elles sont de types sociétaires ou non. Dans l'entente de type non sociétaire, les membres poursuivent des buts différents; corrélativement, leurs obligations n'ont pas des contenus identiques. Ainsi en est-il lorsque des entreprises concluent des contrats d'exclusivité d'achat ou de vente. Dans la concession exclusive, par exemple, qui constitue l'hypothèse la plus fréquente, une entreprise s'engage à s'approvisionner en certains produits auprès d'un fournisseur unique, ce dernier s'engageant de son côté à ne pas vendre de produits similaires à d'autres entreprises situées dans un périmètre géographique déterminé. Le fournisseur recherche avant tout une certaine sécurité dans ses débouchés et, lorsque l'entreprise concessionnaire est un détaillant, certaines conditions de qualité dans le service de distribution qui sont propres à garantir le renom du produit. Le concessionnaire vise au contraire la sécurité de ses approvisionnements et une limitation de concurrence au niveau de la distribution. Les buts des deux entreprises sont différents.

Dans l'entente de type sociétaire, au contraire, les parties ont en vue un but qui leur est commun, ou qui, plus exactement, est le même pour tous. Ce sont ces ententes que l'on désigne généralement sous le terme de « cartels ». Les formes économiques de cartels, qui sont multiples, ont fait l'objet en économie politique de classifications désormais classiques (12). Il est possible de ramener ces formes économiquement diverses à quatre grands types :

1° *Les ententes qui déterminent les règles applicables à la commercialisation des produits ou des services.*

— Quant aux conditions générales de vente (cartels de conditions de vente);

— Quant aux rabais à accorder à la clientèle;

— Quant aux prix (cartels de prix).

2° *Les ententes qui déterminent les règles applicables à l'activité industrielle ou commerciale des membres :*

— Quant aux normes et types de produits à adopter par l'ensemble de la profession (cartel de rationalisation);

— Quant au volume de production assigné à chacun des membres (cartel de production), généralement sur la base de quotas;

(12) BAUDIN, *Traité précit.*, T. I, *La concentration*, par J. LAJUGIE, p. 934; — J. MARCHAL, *Cours précit.*, T. I, p. 897.

— Quant aux types de produits réservés à l'activité de chacun des membres (cartel de spécialisation);

— Quant à la clientèle affectée à chaque entreprise (cartel de partage de clientèle).

3° *Les ententes qui ont pour objet de répartir les bénéfices entre les membres, au prorata d'indices forfaitaires et généralement par le jeu de compensations et de soultes* (cartel de répartition de bénéfices).

4° *Les ententes perfectionnées qui exigent l'existence d'un organe autonome, qui s'interpose entre les membres de l'entente et les fournisseurs ou les clients.* La tâche de l'organe central sera alors :

— Soit de grouper les commandes et de les répartir entre les membres;

— Soit de procéder aux opérations commerciales elles-mêmes (comptoir de vente ou d'achat), en agissant au nom des membres ou en son nom propre.

Il est évident que toutes les formes de contrats ne conviendront pas d'une manière identique à ces divers types d'ententes. Mais en outre, lorsqu'à un type économique d'entente donné correspondent plusieurs formes juridiques concevables, d'autres considérations viennent en dernier ressort motiver le choix des entrepreneurs.

106. — Parmi ces considérations, quelque peu étrangères au but purement économique de l'entente, il convient d'en signaler trois qui attirent particulièrement l'attention.

En premier lieu, il faut signaler le degré d'assujettissement que les membres de l'entente veulent consentir à l'égard de l'organisation commune. Ainsi, en adoptant la forme du syndicat professionnel, chacun d'entre eux est assuré de pouvoir se retirer librement à tout moment de l'organisation (13).

En second lieu, le pouvoir de décision que l'on entend donner aux organes de l'entente. Les décisions à prendre ultérieurement devront-elles l'être à l'unanimité ou selon la loi de la majorité? Il apparaît ici une différence capitale entre les formes d'entente qui donnent lieu à la création d'une personne morale, association ou syndicat, distincte des membres et celles qui ne s'accompagnent pas d'une telle création.

Enfin, le degré de publicité que les membres consentent à donner à l'entente. La société anonyme, la société à responsabilité limitée, sont soumises à de strictes conditions de publicité; l'association, si l'on veut lui donner quelque capacité, doit être déclarée; les statuts du syndicat professionnel doivent être déposés. En revanche, le contrat simple peut être occulte. Dans le même ordre d'idées, la société en participation fournira un cadre pratique aux ententes soucieuses de discrétion.

Dès lors, sur le plan de la théorie, il paraît relativement simple

(13) Code du Travail, Livre III, art. 8.

de déterminer dans chaque cas particulier la forme juridique qui convient le mieux à l'entente que l'on veut fonder. On déterminera ainsi le champ théorique des possibilités d'organisation juridique des ententes. Mais on ne peut s'arrêter à ce stade et il convient de voir comment, en fait, à la faveur des espèces soumises aux tribunaux ou à la Commission technique des ententes, se constituent les ententes économiques.

A. — Les formes théoriquement possibles

Il suffit pour mener la discussion de reprendre brièvement les types économiques d'entente tels que nous les avons énumérés.

107. — 1° *L'entente de type non sociétaire.*

Les divers contrats d'exclusivité en donnent les exemples les plus fréquents. Comme nous l'avons indiqué, dans ce type d'entente les buts des partenaires ne sont pas identiques : les causes des obligations souscrites sont essentiellement différentes. Dans ce cas, seule la forme du contrat simple, dans les termes du droit commun, peut être concevable. Sauf à remarquer que dans certains cas, le contrat qui réalise l'entente pourra se présenter comme l'accessoire d'un contrat principal. Ce dernier pourra être par exemple un contrat de bail, la concession d'une licence d'exploitation ou la cession d'un brevet d'invention. Mais l'association, le syndicat ou la société ne pourront jamais convenir, puisque ces contrats requièrent justement comme condition de validité la convergence des intérêts ou l'*affectio societatis* (14).

108. — 2° *L'entente de type sociétaire.* — a) Les ententes relatives à la commercialisation des produits et services ou à l'activité industrielle ou commerciale des membres. Ces ententes peuvent se réaliser par la voie du contrat simple (15). Mais elles peuvent également prendre la forme de l'association ou du syndicat professionnel. En revanche, la forme de la société n'est pas adéquate, car l'entente n'a pas ici pour but de procéder à des opérations commerciales, elle se borne à la réglementation des activités économiques de participants, de sorte que la réalisation et le partage de bénéfices, élément essentiel pour la validité de la société, fait ici défaut.

(14) Il ne faudrait pas conclure que des entreprises situées à des stades différents de la production ou de la distribution ne pourront jamais réaliser une entente sous forme de société ou d'association. Il n'est nullement exclu que de telles entreprises puissent viser à travers l'entente, des buts identiques (V. p. ex. l'avis de la CTE du 8 octobre 1955, à propos de l'entente dans l'industrie du magnésium, *Rapports* 1954-59, p. 10).

(15) PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd., Paris, 1952, T. VI, par ESMEIN, n° 13. Contrairement à l'opinion émise par DUGUIT dans son *Traité de droit constitutionnel*, il est unanimement admis en doctrine que ces conventions de type sociétaire, dans lesquels les parties ont en vue des buts similaires, appartiennent bien à la catégorie des contrats (H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Paris, 1927, p. 52 et s.). En droit allemand, il est classique d'opposer les contrats sociétaires (« Gesellschaftsverträge ») visés au paragraphe 705 BGB et les contrats dans lesquels les parties recherchent des buts différents (« Austauschverträge » ou « Individualverträge »).

Comment choisir entre les diverses formes possibles ? Si l'entente a en vue une opération temporaire, épisodique, comme par exemple de régler les soumissions en réponse à un appel d'offres, ou encore si elle se borne à de simples défenses ou interdictions faites aux membres de l'union, le contrat simple conviendra parfaitement. Lorsqu'au contraire l'entente est dotée d'une certaine permanence et que des décisions devront être prises au cours de son existence, il deviendra nécessaire d'avoir recours à la forme de l'association, ou du syndicat professionnel. Ces deux formes conviennent, puisque l'article 1 de la loi du 1^{er} juillet 1901 donne de l'association une définition très large (convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices) et que de son côté, l'article 1 du livre III du Code du travail, prévoit que les syndicats professionnels ont pour objet l'étude et la défense des intérêts économiques, industriels, commerciaux et agricoles. C'est alors le désir de conférer à l'entente un caractère occulte qui fera opter pour l'association non déclarée et le souci des membres de pouvoir se retirer librement de l'organisation déclarée, qui motivera le recours au syndicat.

109. — *b)* Les ententes qui ont pour objet la répartition des bénéfices. En principe, ce genre d'entente ne rend pas nécessaire la constitution d'un organe central : les entrepreneurs en cause pourraient, aux termes d'un simple contrat, convenir de calculer sur une base forfaitaire les bénéfices auxquels chacun d'eux aura droit, la liquidation des dettes ou des créances étant opérée chaque année et donnant lieu à des règlements bilatéraux. Mais en fait, dès que l'entente revêt quelque complexité, il devient nécessaire de constituer une caisse centrale de compensation dotée d'une certaine autonomie. Le syndicat professionnel répond-t-il à ce but ? Il ne le semble pas, puisqu'il a exclusivement pour objet *l'étude* et la *défense* des intérêts de la profession. Dans un arrêt du 4 avril 1933 (16), la Cour de cassation s'est effectivement prononcée dans ce sens : la loi n'autorise pas le syndicat « à opérer des prélèvements sur les gains que retirent ses adhérents de l'exercice de leur profession pour les répartir entre les membres moins favorisés ».

Il est vrai que la Haute Juridiction pose une sérieuse restriction à ce principe lorsqu'elle précise, à propos de la même espèce, que cette solution est la seule acceptable « dans le silence des statuts ». Cette décision est tout à fait contestable, et cela pour plusieurs motifs. D'abord elle conduit à attribuer à la loi sur les syndicats professionnels un caractère supplétif dont celle-ci est certainement dépourvue. En outre, il est généralement admis que le syndicat est une variété d'association, or l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901 exclut justement pour l'association la possibilité de procéder au partage de bénéfices.

(16) *S.* 1933, 1, 226.

On sait, depuis l'arrêt des Chambres réunies du 11 mars 1914 (17), que ces bénéfices doivent revêtir un double aspect : correspondre à un gain pécuniaire ou matériel qui ajoute à la fortune des associés; avoir été faits en commun. Dans le cas du cartel de répartition de bénéfices, il s'agit indubitablement de répartir des gains pécuniaires, mais y a-t-il vraiment réalisation « en commun » de ces mêmes bénéfices ? On pourrait en douter, car chaque entreprise, en dépit de l'entente, continue à exercer séparément sa propre activité industrielle ou commerciale. Ce grief n'est cependant pas déterminant, car on peut estimer que chaque entrepreneur fait apport de son industrie et que le bénéfice réalisé par chacun se trouve être le bénéfice de tous, puisqu'il viendra se fondre, tout au moins du seul point de vue comptable, en une masse unique donnant lieu au partage.

En définitive, le cartel de répartition de bénéfices ne peut prendre la forme du syndicat professionnel, ni celle de l'association (18). Il semble donc nécessaire de lui donner la forme d'une société civile ou commerciale. Cependant, le fait que les apports sont essentiellement des apports en industrie, de la part de tous les associés, fait obstacle à l'adoption de toutes les formes de la société commerciale. Seule la société en nom collectif ou la société en participation seront utilisables. Cette dernière semble du reste mieux convenir que la première, puisque chaque associé continue à faire le commerce en son nom, sauf à agir dans l'intérêt commun et à être redevable des bénéfices à ses coassociés. Au contraire, dans le cas de la société en nom collectif, ne faut-il pas admettre que l'apport en industrie implique que chaque associé apporteur devra agir au nom de la société et pas en son nom personnel ? Le doute est permis, et il faudrait en tout cas que les statuts prévoient ce point important.

110. — c) Les ententes de type perfectionné. La caractéristique commune à ces ententes réside dans le fait qu'une personne juridique s'interpose dans les relations externes des membres de l'entente, entre ceux-ci et leur clientèle ou leurs fournisseurs. Cette personne peut être l'un des membres de l'entente, ou un tiers : il suffira alors que chacun des membres conclue un contrat particulier avec elle : contrat de mandat, de commission, ou d'exclusivité de vente ou d'achat. Mais dans le cas général, l'intermédiaire se trouve être une personne morale créée par les membres de l'entente pour les besoins de la cause. L'entente

(17) *DP.* 1914, 1, 257, note SARRUT.

(18) Dans ce sens, L. MAZEAUD, *Le régime juridique des ententes*, précit., p. 42; — TCHERNOFF, *Ententes économiques...*, précit., p. 467 et 468. — *Contra*, AMIAUD, *Les nouvelles formes d'ententes*, précit., p. 53 : « Ces bénéfices ne proviennent jamais de choses mises en commun et ne sont pas répartis entre les associés par l'intermédiaire de la société ». Or, ne suffit-il pas que les bénéfices, sans provenir de choses mises en commun, soient eux-mêmes, directement, mis en commun ? L'art. 1847 C. civ. (« Les associés qui se sont soumis à apporter leur industrie à la société, lui doivent compte de tous les gains qu'ils ont faits par l'espèce d'industrie qui est l'objet de cette société ») semble significatif à cet égard.

doit alors revêtir la forme d'un contrat sociétaire avec adoption de la personnalité morale.

Si l'organe central a pour tâche de grouper puis de répartir les commandes, sa situation se rapproche de celle d'un courtier, mais il n'y a pas réellement courtage car il n'agit jamais en son nom et en toute indépendance : il n'est qu'un représentant des membres de l'entente. De plus, un tel organe ne réalisera pas, dans le cas ordinaire, de bénéfices. Ses frais de gestion seront couverts non par de véritables droits de courtage, laissant place éventuellement à un bénéfice, mais par des versements opérés par les entrepreneurs participant à l'entente. Un tel organe ne pourra pas prendre la forme d'une société. En revanche, il pourra valablement se constituer sous forme d'association, ou mieux encore de syndicat professionnel, puisque l'article 16 du livre III du Code du travail prévoit expressément pour ce dernier la possibilité d'acheter pour les membres ou de vendre au nom de ceux-ci (19).

L'organe central peut agir en son nom propre, mais pour le compte des membres de l'entente, on le qualifie alors de comptoir d'achat ou de vente. Quelle forme juridique doit-il prendre ? Si l'on suppose qu'il ne retire aucun bénéfice de ses opérations, on est conduit à lui dénier la possibilité de se constituer sous forme de société. Mais d'autre part, son rôle est celui d'un commissionnaire (20). Il fait le commerce et de ce chef ne peut pas valablement constituer une association. Reste la solution du syndicat : si l'on est en présence d'un comptoir d'achat, il rentre dans les prévisions de l'article 16. Si l'on est au contraire en présence d'un comptoir de vente, les prévisions de l'article 16 ne sont plus remplies, puisqu'il est prévu dans cet article que le syndicat ne peut pas prêter son entremise pour la vente, en agissant en son nom propre et sous sa responsabilité. On se trouve alors placé dans une impasse. Le professeur L. MAZEAUD est conduit à admettre dans ce cas le recours à un organisme innomé, proche de la société, mais agissant dans des conditions analogues à cette dernière, sauf en ce qui concerne le partage des bénéfices (21).

La technique proposée est séduisante, mais il est permis d'émettre de sérieuses réserves sur son efficacité; la personnalité morale pourrait-elle être reconnue à un tel organe, constitué en dehors des prévisions expresses du législateur ? On peut s'interroger surtout sur la valeur

(19) ART. 16. — « S'ils y sont autorisés par leurs statuts, et à condition de ne pas distribuer de bénéfices, même sous forme de ristournes, à leurs membres, les syndicats peuvent :

1° Acheter pour les louer, prêter ou répartir entre leurs membres tous les objets nécessaires à l'exercice de leur profession, matières premières, outils, instruments, machines, engrais, semences, plantes, animaux, et matières alimentaires pour le bétail;

2° Prêter leur entremise gratuite pour la vente des produits provenant exclusivement du travail personnel ou des exploitations des syndiqués; faciliter cette vente par exposition, annonces, publications, groupement de commandes et d'expéditions, sans pouvoir l'opérer sous leur nom et sous leur responsabilité ».

(20) ART. 94, C. com.

(21) *Le régime juridique des ententes...*, précit., p. 46 et 47.

pratique de l'hypothèse. Agissant en son nom, sous sa responsabilité, faisant acte de commerce, le commissionnaire va devoir faire face à des frais de gestion, il va disposer d'un patrimoine et de fonds importants. En pratique, il va prélever des droits de commission à l'occasion des opérations effectuées : en un mot, il va réaliser des bénéfices, aussi minimes soient-ils, quitte à les distribuer aux membres sous forme de ristournes. Il pourra donc, en fait, toujours être valablement constitué sous la forme d'une société commerciale.

Enfin, l'organe central peut acheter ou vendre en son nom propre. Il achète aux membres de l'entente pour revendre à des tiers, ou réciproquement. Le comptoir prendra alors valablement la forme d'une société commerciale, société de personnes, ou, plus pratiquement, société anonyme ou société à responsabilité limitée, ou encore société à capital variable.

111. — On comprend, à la suite de cette analyse, comment les ententes sont conduites à adopter les formes les plus diverses. Le phénomène de l'entente économique, notion relativement unitaire au strict point de vue économique, est contraint de prendre place dans des formes juridiques fort différentes les unes des autres. Cette diversité se rencontre-t-elle dans la pratique ?

B. — Les formes utilisées en pratique

112. — Les espèces révèlent que, effectivement, la multiplicité des formes utilisées semble répondre aux exigences théoriques. C'est ainsi que la Commission technique des ententes a été appelée à donner son avis sur de nombreux cas d'ententes réalisées sous forme de simples conventions passées entre les membres : accords entre les fabricants de levure de panification, entre les fabricants de meules et produits abrasifs, entre les fabricants de fûts métalliques (22).

La convention peut se compliquer par la création d'un organisme directeur, dépourvu de toute personnalité morale : ainsi l'entente entre les fabricants de verre plat (23), qui est gérée par « un comité des directeurs généraux ». Mais l'entente prend fréquemment la forme du syndicat professionnel (24). Elle peut revêtir celle d'un groupement analogue à une coopérative de prestation de services (25), d'une société en participation, comme dans l'entente entre les fabricants

(22) *Rapports* 1954-59, p. 9, 13 et 21. — V. aussi, Chambéry 26 mai 1953 : *D.* 1954, 306, note LEAUTÉ.

(23) *Rapports* 1954-59, p. 36.

(24) A l'occasion de l'application de l'art. 419 C. pénal, les espèces rapportées font très souvent état d'ententes sous forme de syndicat. Ainsi : Cass. crim. 11 juin 1937 : « *D.* 1938, 1, 33, note PIC; — Toulouse 2 déc. 1936 : *GP.* 1937, 1, 139; — Montpellier 27 déc. 1935 : *GP.* 1936, 1, 425; — Lyon 7 mars 1934 : *GP.* 1934, 1, 862.

(25) Entente entre affréteurs pour les expéditions de charbons, *Rapports* 1954-59, p. 20. — Pour le cas d'une coopérative de production, v. p. ex., Cass. crim. 6 nov. 1940 : *GP.* 1940, 2, 209.

d'outils agricoles à main (26), d'une SARL, dans le cas de l'entente entre fabricants de jantes et de guidons (27) ou d'une société anonyme (28).

Cependant, cette énumération des formes rencontrées en pratique reste insuffisante pour rendre compte de la réalité. Si l'on analyse d'un peu plus près les arrêts des cours ou les avis de la Commission technique des ententes, on conclut à l'existence d'un double phénomène.

a) Les formes rencontrées correspondent généralement aux impératifs juridiques qui gouvernent l'adoption de telle ou telle forme déterminée (29), et l'on pourrait être amené à conclure que la pratique vient ici corroborer les résultats de l'étude théorique. Mais on est frappé par ce fait que l'on ne trouve pas, en jurisprudence, un seul exemple de litige relatif à la validité civile de l'entente : la possibilité de la nullité de l'organe central, pour violation des règles de constitution des sociétés, des syndicats ou des associations n'a jamais été évoquée devant les tribunaux. Le fait mérite d'être relevé et il demande explication.

b) Cela provient, semble-t-il, de ce qu'il y a très rarement parfaitement identité entre l'entente et le groupement sous forme de société ou d'association.

En premier lieu, on observe que l'organe créé poursuit bien souvent d'autres buts que ceux de la gestion de l'entente, *stricto sensu*. L'entente se manifeste dans les statuts de la personne morale qui sont en quelque sorte sa charte. Mais d'autres clauses du contrat de société ou d'association sont parfaitement étrangères à l'entente elle-même, de sorte qu'à elles seules, elles justifient l'existence et le fonctionnement de l'organe central : celui-ci, par exemple, est chargé de procéder à des études techniques, à des tâches statistiques ou publicitaires (30). Ainsi, dans la plupart des cas, le cadre de l'action collective se trouve être beaucoup plus large que celui de l'entente économique, qui n'en est qu'un élément. L'organe central a donc une existence indépendante de l'entente qu'il gère et à laquelle il est nécessaire. Le problème de sa validité civile ne saurait donc être rattaché purement et simplement à celui des buts et des moyens économiques de l'entente ; et, comme la capacité juridique qui lui est nécessaire pour l'ensemble de son action est généralement plus étendue que celle qui est requise pour

(26) *Rapports* 1954-59, p. 34. — V. aussi Lyon 13 juin 1960 : *JCP*. 61, II, 12103, note M. BOITARD ; D. 1961, 148, note F. GORÉ.

(27) *Rapports* 1954-59, p. 49.

(28) Aix 19 avril 1928 : *DP*. 1930, 2, 17, note PIC.

(29) Il ne faut pas se cacher cependant que les recherches sont, sur ce point, très malaisées : les arrêts donnent en général une analyse très incomplète des statuts de l'entente. Souvent la nature de l'organe central n'est même pas évoquée et l'on ignore ce que recouvrent les termes « d'union » ou de « société » dont se servent les membres pour le désigner.

(30) V. l'exemple de la *Société auxiliaire de la savonnerie française* (*Rapports* 1954-59, p. 9) ou encore de l'*Union professionnelle de l'industrie des transports d'énergie électrique* (*Rapports* 1954-59, p. 25).

faire fonctionner l'entente, la question de l'adaptation de l'organe à l'entente économique se trouve dépassée.

Mais en second lieu, il arrive très souvent que l'entente ne se concrétise même pas dans les statuts de la société ou de l'association qui a été créée. Elle provient soit de contrats simples passés entre les membres, parallèlement au contrat de société ou d'association, soit de conventions passées entre les membres et l'organe central, postérieurement à sa création (31). Ainsi, la société, le syndicat ou l'association sont créés avec un but social très général et l'entente vient, en quelque sorte, se greffer sur eux (V. *Addendum*).

113. — On voit ainsi comment l'approche traditionnelle du problème de la forme de l'entente tend à être dépassée. Les industriels qui veulent s'unir ne recherchent pas la forme qui, juridiquement, correspond exactement à l'entente qu'ils veulent créer, et cela à la fois pour une raison de fait, l'union n'a pas toujours pour seul but de régler la concurrence, et pour une raison purement juridique, la société, l'association, le syndicat sont bien autre chose qu'un contrat, ils constituent aussi un organisme collectif doté de personnalité morale, qui tend à avoir sa vie propre, indépendamment des raisons premières de sa création. Dans la constitution des ententes, l'économie des formes n'est pas la règle, elle serait plutôt l'exception. Mais cette idée trouve une nouvelle confirmation lorsque l'on s'aperçoit qu'aucune des formes juridiquement possibles n'est vraiment adéquate à la véritable nature de l'entente économique.

§ 2. — *L'absence d'une forme juridique absolument adéquate*

114. — Au début de ce siècle, la doctrine s'était efforcée de montrer que les ententes économiques pouvaient être ramenées à une forme juridique unique. Selon les auteurs, les ententes devaient dans tous les cas se constituer sous la forme soit d'une association, soit d'un syndicat professionnel, soit d'une société, civile ou commerciale (32).

(31) V. un exemple typique à propos de l'entente entre fabricants de demi-produits en métaux cuivreux (*Rapports* 1954-59, p. 47) : « la majeure partie des producteurs sont organisés en cinq unions, gérées par le centre de distribution du cuivre et concernant respectivement : le tréfilage du cuivre et de l'aluminium (U.T.C.A.), la fabrication des planches de laiton (U.F.P.L.), celle des tubes de cuivre et de laiton (U.F.T.C.L.), des planches en bandes de cuivre rouge (U.F.P.B.C.R.) et des barres de laiton (U.R.L.) ; les ententes professionnelles résultaient de conventions passées entre lesdites unions et leurs membres en 1946 et 1947, puis en 1952.

(32) Sans entrer ici dans une discussion qui ne présente plus qu'un intérêt historique, contentons-nous de remarquer que les motifs qui poussaient les auteurs à adopter une position aussi catégorique relevaient de deux ordres différents : 1° le fait qu'ils adoptaient à propos de l'entente des définitions différentes ; 2° le souci de faire échapper l'entente à la condamnation portée par l'art. 419 C. pén. ou à sa nullité pour violation du principe de la liberté du commerce et de l'industrie. En faveur de l'association, LEVY-ULLMANN (note sous Bordeaux 2 janv. 1900 : *S.* 1901, 2, 225), uniquement, il est vrai, dans le cas où l'entente se caractérise par la constitution d'un organe central ; dans ce cas, les éléments essentiels de la société font toujours défaut : apports et bénéfices résultant de l'union, de sorte que seule la forme de l'association est possible. En faveur du syndicat, GARRAUD

L'arrêt des Chambres réunies du 11 mars 1914 est venu, en précisant catégoriquement la notion de bénéfice, rendre insoutenable une telle tentative. Le bénéfice devant s'entendre d'un gain pécuniaire ou matériel qui ajoute à la fortune des associés et devant être fait en commun, il apparaissait que la forme de la société ne convenait qu'aux ententes de type perfectionné. En particulier, la société par actions ne pouvait convenir qu'aux ententes qui fonctionnaient à l'aide d'un comptoir agissant en son nom propre. Pour toutes les autres formes d'ententes comportant création d'une organisation centrale, dotée d'une certaine stabilité, il fallait faire appel à la forme de l'association ou du syndicat. (V. *Addendum*).

115. — Alors même que l'organe central réalise des bénéfices, au sens que la jurisprudence donne à ce terme, on peut s'interroger sur la parfaite adaptation de la société à l'entente économique. La difficulté apparaît sur le double plan du but et de l'objet du groupement. Si, d'un strict point de vue formel, on peut dire que l'organe va pouvoir partager des bénéfices individuellement réalisés et apportés à la société, dans le cas du cartel de répartition de bénéfices, ou issus directement des opérations commerciales de l'organe central, dans le cas du comptoir, on sent bien en réalité que là n'est pas le véritable but du groupement. Ce but est essentiellement une limitation de la concurrence et en dernière analyse il est d'éviter un risque de diminution des bénéfices de chacun des membres, ou de rechercher une augmentation des mêmes bénéfices, par la discipline intérieure que le groupement va faire respecter et non par son activité externe, en tant que commerçant. Les bénéfices partagés sont soit réalisés individuellement par les membres, soit constitués par de véritables trop-perçus qui donneront lieu à des ristournes. Et si l'organe central permet véritablement d'éviter certains frais généraux par l'effet de concentration ou de rationalisation qu'il réalise, cela traduit alors le fait qu'il ne correspond plus strictement à l'entente, dont le but est, rappelons-le, de régler la concurrence, et que sa nature est en réalité mixte.

Cette vérité s'éclaire encore si l'on considère l'objet de la société créée par les membres de l'entente. L'objet de toute société, civile ou commerciale, est l'ensemble des biens apportés par les associés en vue de l'exploitation. Ce sont les apports et l'exploitation réalisée sur la base de ces apports (33). Au contraire, l'objet de l'entente, le « *quid*

(*Traité théorique et pratique de droit pénal*, 3^e éd., Paris, 1935, T. VI, n° 2457) et surtout AMIAUD (*Les nouvelles formes d'ententes...*, *op. cit.*, p. 68 et s.) qui, à côté d'autres motifs, souligne que « le droit syndical, permettant aux chefs d'industrie de se grouper pour l'étude et la défense de leurs intérêts professionnels, peut être susceptible de légitimer, le cas échéant, en se la rapportant, une action défensive contre les excès de la concurrence ». L'auteur ménage cependant une exception importante à l'égard des comptoirs de vente ou d'achat qui doivent prendre la forme de la société. Dans le même sens, THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 3^e éd., n° 226; — MICHOD, *Traité de la personnalité civile*, p. 251; — PICHAT, *Le contrat d'association*, n° 10 et s. — PICHON, *Les caractères distinctifs des associations*, p. 419 et s.

(33) RIPERT et ROBLOT, *Traité précit.*, T. I, p. 356.

debetur », c'est la soumission de chacun des membres à des règles de conduite déterminées, à une véritable discipline d'action. L'objet de la société ne correspond pas à l'objet de l'entente, car la société n'est conçue que comme un moyen de parvenir au respect de la discipline intérieure du groupe. Dans le cas de l'entente de répartition de bénéfices, les membres font apport de leur industrie, mais peut-on dire qu'il y ait véritablement exploitation commune ? Ce n'est que par un jeu de mot que l'on peut l'affirmer. En réalité, l'objet de la société est ici une mesure d'ordre interne : l'apport et le groupement des bénéfices en une masse commune, au reste purement fictive, puis le partage de ces bénéfices au prorata d'indices forfaitaires. Dans le cas de l'entente par comptoir jouant le rôle de commissionnaire, d'acheteur, ou de vendeur, il y a véritablement apports en capital pour faire fonctionner le comptoir qui procède bien à une exploitation commerciale, mais l'entente ne réside pas dans le fait de la création de ce comptoir, elle réside dans les obligations qu'ont souscrites les membres vis-à-vis de ce comptoir : obligation de passer par lui pour toutes leurs opérations commerciales. C'est, ici encore, par le seul jeu de ces obligations, phénomène interne à la société, que pourra naître l'effet escompté sur la concurrence. De plus, ces obligations bien souvent ne seront pas précisées dans les statuts du comptoir : elles prendront forme dans des contrats annexes passés par chacun des membres avec l'organe central : l'entente se réalisera par le procédé du « *contrat double* » (34). On voit comment la société offre ici un aspect mixte : elle est à la fois personne morale chargée d'une exploitation commerciale et organe central de l'entente.

En définitive, c'est en détournant l'institution de son but que l'on peut utiliser la société aux fins de réaliser une entente économique. Bien plus, dans la plupart des cas, l'entente se réalisera en marge de la société elle-même, ce qui ne fait que traduire l'impossibilité d'adaptation des deux institutions.

116. — Il semblerait dès lors que l'association et le syndicat soient mieux adaptés aux nécessités pratiques et juridiques qui caractérisent l'entente économique. Ces deux formes excluent, justement, la réalisation et le partage de bénéfices. En ce qui concerne l'association, la portée de l'article I de la loi du 1^{er} juillet 1901 tel qu'il est inter-

(34) L'expression est, semble-t-il, préférable à celle de « *société double* » utilisée par TCHERNOFF (*Ententes économiques...* précit., p. 427 et 475) et traduite de l'expression allemande « *Doppelgesellschaft* ». En droit allemand, le terme est exact, car la société à responsabilité limitée (G. m. b. H) qui sert de cadre à la société double peut comprendre les deux éléments : apport en capital permettant de créer l'organe central et de le faire fonctionner et apport en industrie de chacun des membres qui s'engage de ce fait à agir par l'intermédiaire du comptoir ainsi créé. Au contraire, en droit français, cet apport en industrie est impossible dans les sociétés par actions : l'obligation des membres de procéder aux opérations commerciales par l'entremise du comptoir ne peut être issue que d'obligations contractuelles différentes d'un apport en industrie. L'expression contrat double convient donc mieux à l'institution.

Pour des exemples de contrats doubles, v. les comptoirs de vente autorisés par la Haute Autorité de la CECA, p. ex. décisions n^{os} 5, 6 et 7-56 du 15 février 1956 : *J. O. de la CECA* du 13 mars 1956.

prêté par la jurisprudence est très large : la forme de l'association n'est pas réservée aux seuls groupements agissant dans un but désintéressé, mais elle convient tout aussi bien à ceux qui visent des buts de nature économique, pourvu qu'il n'y ait pas réalisation de gains dont le partage ajouterait à la fortune des membres. De ce point de vue, la forme de l'association convient parfaitement aux ententes qui visent la création et le respect par les membres d'une réglementation privée de leurs activités. Le syndicat professionnel semble beaucoup mieux adapté encore, puisque, aux termes de la loi, il vise à l'étude et à la défense des intérêts économiques, industriels, commerciaux et agricoles. De plus, il peut jouer dans une certaine mesure le rôle d'intermédiaire dans les opérations commerciales effectuées par les adhérents : il est donc appelé à convenir à une catégorie plus vaste d'ententes que l'association.

En fait, l'adaptation n'est pas non plus ici tout à fait satisfaisante. Dans le cas de l'association, de sérieux obstacles d'ordre pratique s'opposent à l'adoption de cette forme : l'association simplement déclarée dispose d'une capacité juridique très insuffisante. D'une part, comme elle ne peut faire le commerce, même au nom et sous la responsabilité de ses membres, elle ne peut convenir qu'à une catégorie très étroite d'ententes. D'autre part, même dans cette mesure, elle convient difficilement car il est rare que les ententes se bornent à édicter une simple réglementation : elles prévoient en général des pénalités ou des versements forfaitaires d'indemnités qui doivent garantir le respect des obligations souscrites, sommes qui sont souvent fort importantes par suite des intérêts en jeu. Or, la capacité de l'association fait certainement obstacle au maniement de sommes importantes, car cette capacité, limitativement prévue par l'article 6 de la loi de 1901, est d'interprétation étroite (34 *bis*). Dans le cas du syndicat, sa capacité juridique, bien qu'étendue à l'achat et à la vente dans les conditions de l'article 16 du livre III du Code du travail, reste bien souvent encore insuffisante, puisqu'il ne peut jamais vendre en son nom propre. Mais c'est surtout la possibilité accordée par l'article 8 à chaque membre du syndicat de se retirer à tout instant de l'association, nonobstant toute clause contraire, qui trahit l'inadaptation véritable de cette forme à l'entente économique. Cet article montre très clairement que la loi du 21 mars 1884 n'a jamais été conçue à l'usage des organismes ayant un but strictement économique. Il est essentiel pour ces derniers, et particulièrement pour les ententes dont le succès nécessite le respect par chacun des obligations souscrites, que les membres soient juridiquement engagés sans possibilité de se soustraire à l'action commune; cela est surtout vrai lorsque l'entente a un aspect défensif : la réussite dépend des sacrifices momentanés de chacun et il est toujours tentant pour les membres de reprendre leur liberté d'action lorsque la conjoncture économique leur paraît favorable.

(34 *bis*) V. cependant *contra*, Civ. 27 juin 1944 : *D.* 1945, 31.

Force est donc d'admettre que les formes de l'association et du syndicat professionnel sont très mal adaptées aux groupements qui, sans poursuivre un but lucratif et le partage des gains, visent néanmoins une action commune proprement économique. On doit avouer que ces types de groupements ont échappé à la préoccupation du législateur, si ce n'est à l'occasion de cas particuliers déterminés avec précision (35). De sorte que certains auteurs ont été tentés de soustraire l'entente aux cadres existants et d'en faire un contrat innomé, proche de la société.

117. — L'intérêt présenté par le contrat innomé a été bien mis en lumière par TCHERNOFF : « La jurisprudence et la doctrine, écrit-il, malgré des avis autorisés, ont maintenu leur préférence pour le contrat dit innomé toutes les fois que l'entente économique ne pouvait pas entrer dans les cadres d'un syndicat professionnel ou d'une société de commerce... On sent bien que la théorie du contrat innomé a été appliquée pour ouvrir un tiroir dans lequel on pourra déposer des modèles de contrats à la base des ententes économiques quand toutes les autres formes ne leur sont pas applicables... ». C'est ainsi que l'on avait été amené à faire appel au contrat innomé comme seule forme concevable à l'égard du cartel avec comptoir de vente commissionnaire : ne réalisant pas de bénéfices, la société lui était inapplicable; procédant à des opérations commerciales il ne pouvait entrer dans la catégorie des associations; agissant en son nom propre comme intermédiaire dans la vente, il ne pouvait pas non plus prendre la forme du syndicat. C'est pour cette raison toute d'opportunité qu'il fallait faire appel à l'idée du contrat innomé.

Aux fins de systématiser la possibilité d'un recours à un tel contrat, M. TCHERNOFF précise quels pourraient être ses avantages lorsqu'il se rapproche du contrat de société (36) : le groupement constitué sous cette forme échappe en effet à l'obligation de réaliser et de partager des bénéfices d'une part, à celle de réunir des apports d'autre part; il échappe également, à la nécessité de la preuve par écrit et aux mesures de publicité prévues par la loi à l'endroit des sociétés commerciales. Cette forme comporterait donc des avantages indéniables.

Il est permis cependant d'émettre des doutes sérieux quant à l'intérêt, voire l'exactitude d'une telle notion.

Le contrat innomé sert de catégorie subsidiaire lorsque ni la société, ni le syndicat, ni l'association ne sont utilisables comme forme de l'entente. On a pu alors déceler son existence dans deux ordres de rapports juridiques : constitueraient un tel contrat, d'une part la convention qui est à la base de l'entente et dont l'objet est de créer un organisme central et, d'autre part, les contrats passés individuellement par chacun des membres avec l'organe ainsi créé (37).

En ce qui concerne la convention qui est à la base de l'entente,

(35) Ainsi, les coopératives de consommation (L. 7 mai 1917) ou de crédit; également les sociétés professionnelles (L. 17 nov. 1943 et décret 30 sept. 1953).

(36) *Ententes économiques...* précit., p. 423.

(37) *Ententes économiques...* précit., p. 421.

le recours à la catégorie du contrat innomé est parfaitement inutile. Le principe de la liberté des conventions laisse évidemment les membres de l'entente maîtres d'adopter telle ou telle clause contractuelle qu'ils jugent bonne aux fins de réaliser l'entente. S'ils se trouvent dans l'impossibilité d'avoir recours aux formes de la société, du syndicat ou de l'association, il est clair qu'ils doivent se contenter du contrat simple, mais avec la liberté d'y insérer toutes les clauses nécessaires, pourvu qu'elles ne soient pas contraires à l'ordre public. Il en va de même à l'égard des conventions passées individuellement par les membres avec l'organe central. Les conventions n'étant pas du type sociétaire, elles devront délaisser la forme du contrat de société, du syndicat ou de l'association, pour utiliser d'autres contrats nommés — contrat de bail, promesse de vente ou d'achat, convention d'exclusivité —, ou tel autre contrat innomé qui sera concevable.

La notion de contrat innomé, adaptée à l'entente, nous paraît donc parfaitement dénuée d'intérêt. Dans les deux cas, elle ne traduit qu'une évidence.

118. — C'est pour échapper à ce reproche que M. L. MAZEAUD a imaginé une notion de contrat innomé plus perfectionnée. Ce serait un contrat « que gouvernent les règles des sociétés, à l'exception de celles relatives au partage des bénéfices » (38). C'est dire que le groupement ainsi réalisé est doté de la personnalité morale et qu'il peut faire le commerce en son nom propre. Pour expliquer ce résultat, l'auteur fait appel à l'article 1107 du Code civil qui prévoit expressément la possibilité du contrat innomé, et à la règle d'interprétation selon laquelle on doit, par analogie, appliquer au contrat innomé les règles écrites pour le contrat nommé qui en est le plus proche. Mais sous cette forme, l'analyse devient doublement inexacte.

En droit français, un groupement, dès lors qu'il comporte la poursuite d'un but commun, par des moyens mis en commun, constitue obligatoirement une société ou une association, sauf les cas particuliers prévus expressément par la loi (39). Cela découle des termes très nets de l'arrêt des Chambres réunies du 11 mars 1914, selon lesquels l'expression bénéfices a *le même sens* dans l'article 1832 du Code civil et dans l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901. Or, si le groupement est insusceptible d'aboutir au partage des bénéfices il ne peut être qu'une association ou un syndicat et il sera dépourvu de toute capacité juridique tant qu'il ne sera pas déclaré ou que ses statuts ne seront pas déposés (40).

En second lieu, si l'arrêt de la Cour de cassation du 28 janvier 1954 (41) a admis que la personnalité civile appartient, en principe,

(38) *Le régime juridique des ententes... op. cit.*, p. 47.

(39) Dans ce sens, BRICHET : *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 174, Associations, p. 10 et s.

(40) Il est en effet admis que le syndicat, lorsqu'il ne satisfait pas aux conditions de publicité prévues par la loi, conserve la qualité d'association non déclarée (V. DURAND, *Traité de droit du travail*, avec le concours de A. VITU, Paris, 1956, T. III, p. 52).

(41) D. 1954, 217.

à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés, ce n'est, aux termes de l'arrêt, qu'en faveur « d'organismes créés par la loi elle-même avec mission de gérer certains intérêts collectifs présentant ainsi le caractère de droits susceptibles d'être déduits en justice ». Il est donc parfaitement impossible d'accorder à l'entente qui prend la forme d'un contrat innomé, plus de capacité juridique que n'en possède l'association non déclarée. Il en résulte que l'entente pourra toujours se réaliser sous forme d'un contrat innomé mais que le seul effet de la convention sera de faire naître des obligations entre les parties : il sera impossible par ce biais de constituer un groupement capable de procéder à des opérations commerciales et d'assurer les relations externes de l'entente. Cette remarque laisse à la catégorie du contrat innomé proche de la société, un intérêt réduit : dans les relations *inter partes*, en cas de silence de la convention, on pourra appliquer par analogie les règles écrites pour la société commerciale la plus proche.

119. — De quelque côté que l'on se tourne, société, association, syndicat ou contrat *sui generis*, il apparaît en définitive impossible de découvrir dans les formes juridiques existantes celle qui constitue le mode idéal de l'entente économique. D'où la multiplicité des formes plus ou moins bien adaptées, rencontrées dans la pratique, d'où l'aspect bien souvent fuyant de l'entente, qui semble recouvrir une notion insaisissable à l'aide des notions traditionnelles du droit privé. Ce phénomène est du reste en relations étroites avec la suspicion que manifestait le législateur à l'endroit des ententes économiques : au refus de sa part d'élaborer un véritable *statut* civil propre à ces groupements, s'ajoutait le désir des industriels et des commerçants de dissimuler leur action sous les formes peu suspectes de la société ou du syndicat, quitte à donner à celles-ci un objet des plus vagues et à compléter l'édifice en y joignant des accords occultes. Mais dès lors que la validité de certaines ententes est reconnue, il serait éminemment souhaitable qu'un statut civil propre leur soit aménagé, leur permettant par là d'échapper à l'alternative contestable posée par l'arrêt du 11 mars 1914. Le souhait exprimé par M. TCHERNOFF en 1938 est encore plus fondé aujourd'hui, sous l'empire du décret du 9 août 1953 et des Traités CECA et CEE.

SECTION II

LES PROBLÈMES SOULEVÉS PAR LES PERSONNES MORALES LE CAS DES FUSIONS ET DES GROUPES DE SOCIÉTÉS

§ 1. — *Exposé du problème*

120. — De ce qui a été exposé sur la forme des ententes juridiquement organisées, il ressort que dans un certain nombre d'hypothèses la création d'un être moral, indépendant en droit, est nécessaire

à la réalisation des buts de l'entente : elle en constitue un moyen. **Mais faut-il admettre** que ce moyen puisse à lui seul s'avérer suffisant ? Autrement dit, doit-on dans certains cas considérer la simple création d'une personne morale comme synonyme d'entente ? Le problème est important, car si l'on admet la réponse affirmative, il doit en résulter que toute création de société, d'association ou de syndicat, tombera — à condition, bien entendu, que soient réunis les deux autres éléments fondamentaux une activité dans le cadre de l'économie de marché et un effet, possible ou effectif, sur la concurrence — sous la qualification d'entente économique. En pratique, le problème va se poser dans trois cas différents.

1° Il se pose sous sa forme la plus simple, dans le cas de la fusion totale de plusieurs entreprises préexistantes. Si, par exemple, dans un marché d'oligopole à tendance concurrentielle deux ou trois entreprises puissantes se réunissent en une seule société, il y aura vraisemblablement modification de la concurrence sur ce marché. Dans une hypothèse extrême, celui-ci peut se trouver subitement dominé par une entreprise unique. Sur le plan juridique, l'opération se traduit seulement par la disparition des entreprises anciennes et l'apparition d'une société nouvelle : la simple lecture des statuts, la simple considération du but de la société, apprécié *in abstracto*, ne fait apparaître aucune incidence sur la concurrence. Faut-il admettre, dans ce cas, que les industriels ou commerçants en cause ont réalisé une entente économique ? Le cas est tout à fait analogue, lorsque la fusion se produit par absorption, volontairement consentie.

2° Très proche du cas précédent se trouve être celui dans lequel la fusion ou l'absorption ne sont que partielles : une ou plusieurs entreprises restent juridiquement indépendantes, mais abandonnent une partie de leur actif, donc généralement de leur activité, au profit d'une société nouvelle ou préexistante. Par exemple, tout en continuant à produire, elles chargent une société de la commercialisation des produits.

L'hypothèse se restreint lorsque l'on observe que la création d'une association ou d'un syndicat est étrangère à notre problème : ces groupements ne peuvent en effet se voir chargés d'aucune tâche de nature proprement économique, d'aucune activité dans la production ou la prestation de services (42). De sorte que dans le cas d'une entente réalisée sous forme d'association ou de syndicat, l'influence sur la concurrence découle des obligations qui pèsent sur les membres, par exemple de ne pas vendre au-dessous d'un certain prix ou de limiter la production, mais jamais de l'activité de l'être moral considéré. Au

(42) On pourrait penser qu'il faut faire exception pour le cas du syndicat professionnel lorsque ce dernier procède à des achats en son nom et pour le compte des syndiqués, comme l'y autorise l'art. 16-1°, livre III, C. du travail. Il exerce alors une activité qui lui est propre. Mais cette tâche sera prévue par les statuts, comme le précise le même art. 16. De sorte que l'entente reposera ici non pas sur la seule création du syndicat, mais également sur la clause des statuts l'autorisant à acheter.

contraire, la création d'une société civile ou commerciale peut à elle seule modifier les données de la concurrence.

3° Enfin, il faut admettre que le même problème se pose chaque fois qu'une personne acquiert, par cession volontaire, des participations dans une société préexistante. Si une société A obtient le contrôle d'une société B, qui exerce une activité identique ou complémentaire de la sienne, la concurrence peut se trouver atteinte. Il importe alors de savoir si un groupe de sociétés peut être considéré comme une entente.

Dans tous ces cas, il faut déterminer si la création de la société nouvelle, l'opération d'absorption totale ou partielle, l'existence de liens de participation, peuvent être qualifiées d'ententes, ou si elles doivent pour ce fait être complétées par d'autres éléments, ou même si on doit les considérer comme totalement étrangères à la notion. Après avoir exposé la position de principe de la doctrine sur ce problème, nous examinerons celui-ci au regard des textes et de la jurisprudence; il convient toutefois de souligner que la discussion du problème se situe essentiellement sur le plan de la fusion totale ou partielle d'entreprises. Ce n'est donc qu'en concluant que nous tenterons de dégager une solution d'ensemble à partir de la solution principale.

§ 2. — *Position de principe de la doctrine*

121. — Partant d'une définition économique de l'entente — groupement d'industriels ou de commerçants qui a pour objet d'organiser le marché — les auteurs sont traditionnellement amenés à opérer une distinction entre les « cartels » et les « trusts », qui constitueraient ainsi les deux espèces d'un même genre (43). La distinction repose sur une base très simple : alors que dans le cartel, des entrepreneurs ne consentent à aliéner leur liberté que sur des points particuliers, dans le trust au contraire, ils sont soumis à une autorité absolue et perdent toute liberté dans leurs décisions économiques. Cela tient au fait que dans le cartel, les entrepreneurs sont tenus par des engagements personnels de nature contractuelle, alors que dans le trust ils sont soumis à la volonté d'un organe collectif supérieur par suite de la fusion des activités. Mais, cette distinction étant admise, les auteurs ne voient pas dans le cartel et le trust deux phénomènes de natures différentes. Certes, le trust apparaît comme plus novateur, plus hardi que le cartel, en ce sens qu'il recherche une plus grande efficacité économique par la rationalisation et la concentration des moyens de production, alors que le cartel de son côté revêt un aspect de conservatisme et de

(43) Ainsi, BIRAGUE D'APREMONT, *L'accaparement...* précit., p. 19; — AMIAUD, *Les nouvelles formes d'ententes...* précit., p. 7 et 8; — DUTOT, *Les groupements de producteurs*, thèse, Caen, 1918, p. 32; — L. MAZEAUD, *Le problème des unions...* précit., p. 13 et 14; *Le régime juridique des ententes*, précit., p. 12; — TCHERNOFF, *Ententes économiques...* précit., p. 56 et 68. — Et plus récemment, LEWINSOHN, *Trusts et cartels dans l'économie mondiale*, Paris, 1950, p. 9 et s.; — PLAISANT et LASSIER, *Les ententes sous forme de sociétés*, précit., p. 7. — Avec des nuances, REUTER, *A propos des ententes industrielles et commerciales : Dr. soc.*, 1952, 442, et 1953, I.

recherche de la sécurité (44). Mais par-delà ces différences, au reste contestables, trusts et cartels apparaissent comme les deux formes d'une tendance unique à l'organisation et à la concentration des pouvoirs économiques. Ils présentent tous deux les mêmes avantages, l'organisation rationnelle de la production en fonction des débouchés, et sont susceptibles des mêmes abus : la hausse des prix grâce au pouvoir qu'ils peuvent détenir, et la violation du principe de la liberté du commerce et de l'industrie (45).

Cependant un effort apparaît de la part des économistes modernes pour différencier les deux phénomènes et même les opposer. On admet qu'il faut distinguer deux sortes de concentration : la concentration des entreprises et la concentration des influences (46). La première se réalise par l'extension d'une entreprise, par la fusion ou par des prises de participations. La seconde, au contraire, se réalise par voie d'unions commerciales ou financières, et seules les unions commerciales constituent des ententes *stricto sensu*. Mais en ce qui concerne leurs effets, les deux formes de concentration sont généralement confondues. L'examen des positions doctrinales conduirait donc à inclure les trusts et les groupes de sociétés — ces deux formes de la concentration des entreprises — dans la notion d'entente économique (47). En fait, si l'on quitte le point de vue strictement théorique pour aborder le

(44) TCHERNOFF, *Ententes économiques...* précit., p. 68 et 56; — LEWINSOHN, *op. cit.*, p. 283 et s. « Le trust est l'expression de l'esprit d'expansion. C'est la volonté de domination, la volonté de puissance... Les cartels paraissent être, sous cet égard, exactement à l'opposé des trusts. Certes, eux aussi aspirent au contrôle national et international des marchés et d'industries entières. Mais ils effectuent ce contrôle par la voie de délimitations, réglementations. La coordination des affaires semble être le principe initial de leur existence. Tandis que les trusts sont des conquérants, voire des révolutionnaires, les cartels ont l'air d'être des organismes conservateurs. »

(45) DE ROUSIERS, *Les cartels et les trusts et leur évolution*, Genève, 1927; — BIRAGUE D'APREMONT, *op. cit.*, p. 19 et s.; — AMIAUD, *Les nouvelles formes d'ententes*, précit., p. 4 et s.; — L. MAZEAUD, *Le régime juridique des ententes...* précit., p. 1 et s.; — TCHERNOFF, *Ententes économiques...* précit., p. 5 et s.

(46) BAUDIN, *Traité*, précit., T. I, *La concentration*, par J. LAJUGIE, p. 909 : « En réalité, le mouvement de concentration recouvre deux phénomènes distincts que l'on différencie insuffisamment en général.

« C'est, d'un côté, l'accroissement de la part des grandes entreprises dans la production totale. Nous réserverons à ce premier phénomène le terme de concentration des entreprises.

« C'est, d'autre part, la formation de groupements d'entreprises tendant au monopole ou au quasi-monopole d'un marché : nous parlerons, à ce propos, de concentration des influences.

« Le premier est un phénomène d'économie fondamentale que l'on retrouve dans toutes les économies recourant au capital technique et aux procédés modernes de production; il est sensible dans l'économie collective russe comme au sein du capitalisme américain. Le second est un phénomène plus contingent, lié à une certaine organisation juridique de l'économie, à l'appropriation privée des moyens de production; il est caractéristique du système capitaliste. » En revanche, l'opposition est moins nettement formulée par J. MARCHAL (*Cours* précit., p. 843 et s.).

Cf. JERUSALEM, *op. cit.*, p. 146.

(47) V. cependant, en sens contraire, MERIGOT, *Les données économiques du problème de la législation des ententes en France*, dans *Recueils et Monographies*, publiés par la Documentation Française, n° 21, *Ententes et Monopoles dans le Monde*, France, Les ententes professionnelles devant la loi, p. 8; — et comp. REUTER, *La CÉCA*, précit., p. 218.

problème juridique, qui est celui de l'interprétation des textes, on s'aperçoit que les opinions doctrinales divergent. En revanche, la jurisprudence semble suivre une ligne bien déterminée.

§ 3. — *Les fusions d'entreprises au regard des textes Solutions doctrinales et jurisprudentielles*

Sur ce problème encore, l'identité des quatre dispositions relatives aux ententes économiques est frappante. Les discussions doctrinales et les solutions proposées valent donc uniformément à leur égard et peuvent être généralisées.

A. — L'identité des textes

122. — L'article 419 du Code pénal, l'article 59 *bis* de l'ordonnance 45-1483, l'article 65 CECA et l'article 85 CEE impliquent, nous l'avons vu, la notion la plus large d'accord entre entreprises. Dès lors qu'une fusion totale ou partielle s'effectue volontairement, et non par une acquisition indirecte d'actions ou de parts, il semblerait qu'elle puisse tomber sous la qualification d'entente. Dans le cas de l'article 59 *bis* de l'ordonnance 45-1483, il suffit de supposer — cela étant du reste facile, si l'on songe à la fusion de deux grandes firmes concurrentes — que l'opération « peut avoir pour effet d'entraver le plein exercice de la concurrence en faisant obstacle à l'abaissement des prix de revient ou de vente, ou en favorisant une hausse artificielle des prix » (48). De même, dans le cas des articles 65 CECA et 85 CEE, on est en droit de penser que la fusion « a pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun ». Enfin l'article 419 du Code pénal serait applicable, lorsque la fusion apparaît comme une action sur le marché dans le but de se procurer un gain qui ne serait pas le jeu naturel de l'offre et de la demande, et qui a pour conséquence d'opérer la hausse ou la baisse artificielle du prix des marchandises.

Si rien dans le texte de l'article 59 *bis* de l'ordonnance relative aux prix ne vient expressément interdire une telle position, il n'en va pas de même dans le cas des deux dispositions des Traités.

Dans le Traité CECA, les concentrations d'entreprises sont en effet visées sous l'article 66 : elles sont l'objet d'un régime différent de celui institué par l'article 65. Mais, cela étant admis, l'équivoque subsiste à l'égard de deux problèmes.

En premier lieu ne peut-on admettre que les domaines des articles 65 et 66 se recouvrent ? De sorte que certaines fusions tomberaient à la fois sous le coup des deux articles ? Ainsi, la constitution d'une société entre deux entreprises, avec fusion partielle des actifs, mais dans laquelle les statuts laisseraient une certaine latitude de décision

(48) Dans ce sens, F. GORÉ, note au *D.* 1961, J, 151. — *Contra*, M. BOITARD, note au *J.C.P.* 61, II, 12103.

aux associés agissant séparément pourrait constituer à la fois une concentration et un cartel. On a essayé de faire face au problème en donnant de la concentration un critère strict, qui écarte toute équivoque (49), en ne laissant pas de place à l'application cumulative de l'article 65. Il semble difficile cependant d'admettre que toute opération emportant fusion d'actifs ne rentre pas dans la notion de concentration au sens de l'article 66.

En second lieu, si l'article 66 fait figure d'exception par rapport à l'article 65, les opérations de fusion qui ne tombent pas sous le coup de la première disposition interprétée restrictivement ne sont-elles pas susceptibles de tomber sous celui de la seconde, qui prend le caractère de « *clausula generalis* » ? Il reste donc à déterminer si dans une certaine mesure l'article 65 CECA peut viser des opérations de fusion.

124. — Dans le Traité CEE, le problème est tout aussi crucial. Certes, l'article 86 vise les concentrations, mais à un certain point de vue seulement; il ne concerne que l'exploitation abusive des positions dominantes. Faut-il conclure, *a contrario*, que l'accession à ces positions, par le jeu de concentrations, ne tombe sous l'effet d'aucun texte ? Ou bien faut-il admettre que l'article 85 reste applicable aux accords de fusion qui ont pour effet d'empêcher de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun ? La fusion n'est pas visée dans l'énumération que donne à titre d'exemples l'article 85, sous les lettres a) à e). Si les rédacteurs du Traité avaient entendu soumettre les faits de concentration de capitaux à l'article 85, ils n'auraient sans doute pas hésité à mettre cette opération caractéristique dans l'énumération — mais du strict point de vue juridique, un tel fait n'a que la valeur d'un indice.

125. — Le problème semble à première vue moins discutable dans le cas de l'article 419 du Code pénal. Depuis la réforme apportée à notre disposition pénale par la loi du 3 décembre 1926, le texte concerne à la fois l'action par voie d'entente et l'action individuelle. Or, dit-on, à supposer que la fusion ne soit pas une entente, une réunion ou coalition aux termes de la loi, elle est susceptible de rentrer dans les prévisions du législateur, au titre de l'action individuelle : la société issue de la fusion exerce individuellement une action sur le marché,

(49) REUTER, *La CECA*, p. 218, qui préconise le recours à la notion de contrôle sous une direction économique unique, alors que l'accord ou la décision d'association d'entreprises n'unifie qu'un aspect partiel de la vie économique des entreprises. — KERN, *Das Recht der Unternehmenszusammenschlüsse in der Montanvertrag*, Berlin, Frankfurt a/M 1955, p. 97 et 98 : alors que l'art. 65 vise les accords qui règlent les relations concurrentielles « externes » des entreprises, l'art. 66 ne vise que les contrats ayant pour objet d'instituer une coordination et un contrôle des activités « internes ». Cela conduirait à admettre que la constitution d'une société avec apports d'actifs, dans des proportions telles que serait exclue toute idée de contrôle, n'est pas une opération de concentration.

et c'est bien l'effet de cette action sur les prix que concerne l'article 419 (50).

Or, il n'est nullement certain, pensons-nous, que la distinction ait depuis 1926 perdu de son importance. En effet, que vise l'article 419 dans sa rédaction actuelle ? Un moyen (l'action sur le marché), la recherche d'un but (un gain qui ne serait pas le résultat du jeu naturel de l'offre et de la demande), la réalisation d'un résultat (la hausse ou la baisse artificielle des prix) ou la tentative de réalisation d'un tel résultat.

Or, il n'est pas indifférent, quoi que l'on pense, que l'activité exercée soit le fait d'un individu isolé ou de plusieurs personnes réunies — telle activité licite dans un cas peut très bien ne l'être plus dans l'autre. Un exemple très schématique le montre : un cartel de prix fixant par voie d'entente un prix de vente uniforme peut très bien révéler les trois caractères exigés par l'article 419. Il suffit que le niveau du prix fixé par le barème soit différent du prix pratiqué jusque-là par les divers concurrents. Supposons en revanche une entreprise suffisamment puissante pour modifier unilatéralement son prix de vente. Peut-on dire qu'il y a de sa part « action sur le marché dans le but de se procurer un gain qui ne serait pas le résultat du jeu naturel de l'offre et de la demande » ? Certainement non. Il est donc essentiel de savoir si l'action sur le marché qui est incriminée, est le fait d'une pluralité ou le fait d'un seul. Et cela s'explique si l'on songe que la même action, la même décision dans l'ordre économique peut s'inscrire ou non dans le cadre du « jeu naturel de l'offre et de la demande » suivant qu'elle est l'expression d'une volonté isolée ou collective (51). Il importe donc de savoir si des entreprises qui fusionnent peuvent être considérées comme des réunions ou coalitions au sens de l'article 419 du Code pénal.

126. — Aucun texte ne permet d'éluder le problème posé. Il n'est pas possible non plus de distinguer *a priori* entre les divers textes, ils ont sur ce point le même contenu : non pas que leurs conditions d'application soient strictement les mêmes, mais parce qu'ils présentent en face du problème des données similaires : même notion extensive de l'accord entre entreprises, même référence à l'effet sur la concurrence ou sur les prix. La solution à apporter est donc unique.

B. — Les solutions proposées en doctrine

127. — L'essentiel de la discussion est relatif à la *création de la personne morale* qui accompagne l'opération de fusion. Dans la fusion par absorption, la seule différence provient du fait que la personne

(50) L. MAZEAUD, *Le régime juridique des ententes...* précit., p. 133 ; — PLAISANT et LASSIER, *Les ententes industrielles...* précit., p. 20 ; — PLAISANT et BARBERY, *Libre concurrence et ententes industrielles...* art. précité : D. 1954, Chr. 68.

(51) *Contra*, TCHERNOFF, *Ententes économiques...* précit., p. 325, pour qui « ce qui est licite au profit d'une personne l'est également au profit d'une collectivité organisée ». Mais on ne comprend pas, dès lors, pourquoi l'art. 419 continue de viser expressément les réunions et coalitions.

morale est préexistante. Or, le problème est de savoir si l'être moral en cause laisse subsister l'individualité des personnes qui se sont réunies. Le problème est, remarquons-le, plus large que celui de la fusion au sens strict. Mais selon l'opinion dominante il semble que celui-ci soit commandé par celui-là. La question avait été débattue avant 1926, lorsque l'article 419 du Code pénal était relatif aux seules coalitions. Les termes de la discussion n'en demeurent pas moins actuels.

128. — Que se passe-t-il, disait-on, lorsque les membres de l'entente ont confondu leurs individualités au sein d'un même groupement ? Ces individualités ne vont-elles pas s'effacer derrière la personne morale de l'organe collectif qui a été créé ? Et peut-on dire encore qu'il y ait pluralité de détenteurs ? On était alors amené à distinguer entre deux hypothèses différentes.

Dans une première hypothèse, les entreprises qui se réunissent subsistent, distinctes de la personne morale, ce qui se produit dans deux cas — lorsque l'organe collectif prend la forme d'une association ou d'un syndicat, groupements qui n'absorbent jamais la personnalité des adhérents ; — lorsqu'il y a constitution d'une société mais avec fusion d'une partie seulement des activités qui étaient antérieurement exercées par les associés. Dans ces deux cas, la doctrine était unanime pour admettre qu'il pourrait y avoir entente, puisque l'exigence d'une pluralité d'entreprises, réunies pour un but commun, mais juridiquement indépendantes, était respectée (52). D'autant plus, faisait-on remarquer, que, les industriels groupés continuant d'opérer chacun pour son propre compte, « la politique de l'entente pourra être l'œuvre de la volonté collective, ou, en d'autres termes l'œuvre individuelle du groupement ; l'exécution des actes commerciaux n'en sera pas moins au point de vue matériel comme au point de vue juridique, l'œuvre des seuls coalisés » (53). Au regard de cette opinion, les fusions partielles peuvent toujours entrer dans la notion d'entente. Mais que décider en cas de fusion complète ?

Dans la seconde hypothèse, la fusion est totale. Les entrepreneurs qui se sont réunis n'existent plus qu'au titre d'associés. Toute l'activité, antérieurement divisée, est maintenant l'œuvre unique de la société. Peut-on dire qu'il y ait entente, au sens de nos textes ? Sur ce point, la doctrine était avant 1926 divisée. Pour les uns, qui faisaient observer la signification très large du terme *union*, il suffisait qu'il y ait eu à l'origine pluralité de détenteurs ; dès lors que ceux-ci s'étaient réunis, même au prix de leur existence en tant qu'entrepreneurs indépendants, l'article 419 du Code pénal était applicable : toute constitution de société qui entraînait une hausse des prix, réalisait le délit de coalition (54). Pour les autres, au contraire, la fusion était exclusive de

(52) AMIAUD, *Les nouvelles formes d'ententes...* précit., p. 175. — L. MAZEAUD, *Le problème des unions...* précit., p. 208 et 209.

(53) AMIAUD, *op. cit.*, p. 175.

(54) GARÇON, *op. cit.*, art. 419. — L. MAZEAUD, *Le problème des unions*, précit., p. 210 et s. Particulièrement significatif paraît le raisonnement tenu par cet

coalition (55). Du strict point de vue juridique, il n'y avait plus coalition, puisque l'on se trouvait en face d'une personne juridique unique, et l'on s'appuyait à cet égard sur un ancien arrêt de la Chambre criminelle qui avait décidé « qu'une coalition ne peut se former qu'entre plusieurs personnes, et qu'une société commerciale ne forme légalement, quel que soit le nombre des membres qui la composent, qu'une seule personne morale... » (56).

Cette divergence d'opinions s'explique parfaitement si l'on songe que les partisans de l'une et l'autre solutions portaient de deux conceptions sensiblement différentes de l'entente. On s'aperçoit que le point à partir duquel les auteurs empruntaient des voies opposées était le suivant : fallait-il, pour que l'article 419 du Code pénal soit applicable, que la pluralité des détenteurs fût concomitante de l'activité commerciale ou industrielle de l'entente et de son effet, l'altération des prix ?

Pour répondre affirmativement à cette question, les partisans de la solution restrictive faisaient valoir que la loi pénale posait deux conditions pour que le délit de coalition soit réalisé : l'union et l'action commerciale ou industrielle, génératrice de hausse : ces deux conditions devaient être le fait des délinquants, c'est-à-dire des membres de l'entente pris individuellement. En cas de fusion totale, les associés s'étaient bien réunis mais ils n'agissaient plus à titre personnel. Les partisans de la négative estimaient au contraire que la pluralité n'était que le moyen du délit et qu'il n'était nullement nécessaire que le moyen subsistât encore au moment de la consommation de celui-ci.

« L'article 419, écrit M. MAZEAUD, s'applique si au moment où se produit l'altération, les détenteurs n'existent plus individuellement, à condition que ce soit leur union qui ait causé la hausse. » On voit ainsi apparaître les deux conceptions de l'entente : réunion d'entrepreneurs demeurant économiquement indépendants pour les uns; réunion pure et simple d'entrepreneurs pour les autres.

auteur : « Comment la société a-t-elle donc obtenu la hausse ? évidemment par l'union des détenteurs qu'elle a réalisée. On objecte qu'au moment de l'altération des prix, ces détenteurs ont disparu. Ils n'en ont pas moins existé; ils ne se sont pas moins réunis. » On faisait valoir deux autres arguments de valeur plus contestable : d'une part, le principe selon lequel le droit pénal n'admet pas les fictions, car derrière les structures juridiques il vise les individus : dans ce sens, la société était le type même de la fiction qui ne saurait s'imposer au juge répressif; d'autre part, le fait que la société en question était nulle, puisqu'elle poursuivait un but délictueux : sa disparition faisait réapparaître l'individualité des membres de la coalition (PERCEROU, *Des syndicats de producteurs*, in *Annales de dr. com.* 1897, p. 284). On pourrait répondre que la question était justement de savoir si le but de la société était délictueux...

(55) AMIAUD, *Les nouvelles formes d'ententes...* précit., p. 176 et s. — GARRAUD, *Traité*, précit., 2^e éd., T. VI, p. 128.

(56) Cass. crim. 26 janv. 1838 : D. P. 1938, 1, 442; S. 1838, 1, 241. Quelques auteurs s'étaient même fondés sur cette décision pour estimer que chaque fois que l'entente s'accompagnait de la création d'un organe pourvu de la personnalité morale, le délit de coalition était exclu (V. en part., JAY, note au S. 1889, 2, 49, sous Paris 28 fév. 1888).

129. — Quelle que soit la réponse qui est apportée, il semble que ces attitudes doctrinales puissent encourir deux reproches. En premier lieu, le problème reste dominé par la question plus générale de l'écran formé par la personne morale entre les adhérents et les tiers, et l'on affirme que, là où il y a fusion totale, on ne trouve plus la pluralité d'individus contenue dans la notion d'entente. En réalité, le problème est différent : la création de la personne morale ne met pas fin à la pluralité : les associés gardent leur individualité. Il se peut qu'à la faveur d'une fusion on assiste à la dissolution des personnes morales existant antérieurement, mais dans ce cas les associés de ces dernières deviennent les associés de celle qui leur succède. Ce n'est pas la question d'individualité qui est en jeu : toute société reste un groupement collectif. Ce qui importe, c'est de savoir qui agit, qui est à l'origine, par son activité, de l'effet sur les prix ou sur la concurrence. Et l'on voit ici trois possibilités : ce sont soit les associés directement et individuellement, car ils ont conservé une autonomie économique, soit la société directement, soit les associés par l'intermédiaire de la société.

En second lieu, il importe de distinguer deux hypothèses très différentes, que les auteurs ont trop souvent confondues.

1° Le fait pour deux ou plusieurs entreprises de fusionner volontairement sous la forme d'une société commerciale unique peut-il à lui seul constituer une réunion ou coalition ? Dans ce cas, c'est la *création* de la société nouvelle, ou l'opération d'absorption et plus exactement le fait de confondre en une seule masse des patrimoines qui jusque-là étaient distincts que l'on prend en considération. L'action sur le marché est ici le fait de chacune des entreprises qui fusionnent, et l'on se place pour l'apprécier au moment de l'opération de fusion.

2° L'origine de la société nouvelle, l'union volontaire, va-t-elle peser sur toute l'existence de cette société et faire en sorte que toute l'activité de cette société gardera le caractère d'une activité collective ? En bref, la société en question réalise-t-elle une *entente permanente* ? A la différence du cas précédent, l'action sur le marché est ici le fait de la société elle-même et c'est au cours de son existence que l'on se place pour l'apprécier. Voilà les deux cas qu'il faut envisager successivement.

130. — a) Si l'on se place au stade de l'opération de fusion, les industriels décident de concentrer tout ou partie des patrimoines dont ils étaient jusque-là titulaires. Il agissent individuellement en leur nom propre. Or, il est évident que cette concentration des forces économiques peut influer sur la concurrence ou sur les prix. L'entente serait alors le contrat qui est à l'origine de la concentration. Va-t-on dans ce cas appliquer les textes relatifs aux ententes ?

En ce qui concerne l'article 59 *bis* de l'ordonnance 45-1483, MM. PLAISANT et LASSIER posent le problème et laissent entendre que l'application du texte est concevable dans cette hypothèse (57). Or,

(57) *Les ententes industrielles sous forme de sociétés...* précit., p. 68. Selon les auteurs, l'art. 59 *bis* ne vise pas les personnes juridiques uniques qui détiennent

le problème n'est nullement spécifique des fusions totales, ni même des fusions partielles de sociétés. Il intéresse tous les contrats par lesquels des entrepreneurs mettent quelque chose en commun — et chaque fois que les associés mettent en commun leurs activités ou leurs biens pour exercer à titre collectif une activité économique qu'ils exerçaient auparavant pour leur profit exclusif, ils mettent fin à la concurrence qui existait « entre eux ». Lorsque les textes utilisent le terme de concurrence, il faut entendre par là non seulement une notion abstraite et théorique, mais également un fait concret, celui que tout entrepreneur est en concurrence avec ceux qui exercent une activité dans la même branche de l'économie. L'idée de société est par suite antinomique de celle de concurrence; la société est le mode normal, prévu par le législateur, de mettre fin à la concurrence. Toute société devrait donc être soumise à la réglementation restrictive des ententes !

Il faut ajouter que lorsque des législations envisagent les fusions et les concentrations par rapport à la concurrence, elle se réfèrent à une idée de concurrence qui est différente de celle utilisée à l'égard des ententes *stricto sensu*. Ainsi, dans le Traité CECA, les critères de protection de la concurrence sont différents dans les articles 65 et 66. Aux termes des deux articles, des accords restrictifs de concurrence et les opérations de concentration doivent être autorisés par la Haute Autorité. Mais les conditions d'octroi de cette autorisation sont fondamentalement différentes. Dans l'article 65, les accords qui donnent :

« aux entreprises intéressées le pouvoir de déterminer les prix, contrôler ou limiter la production ou les débouchés, d'une partie substantielle des produits en cause dans le marché commun, ou de les soustraire à une concurrence effective d'autres entreprises dans le marché commun »,

ne peuvent jamais être autorisés. *Les autres accords sont en principe également interdits*, sauf autorisation à l'égard des accords de spécialisation ou des accords d'achat ou de vente en commun, lorsque ceux-ci « contribuent à une amélioration notable dans la production ou la distribution des produits visés ». Dans l'article 66, au contraire, toutes les opérations qui aboutissent à une concentration doivent être autorisées, sauf si elles entraînent un effet restrictif de concurrence. Or, il ne s'agit pas de tout effet restrictif de concurrence, mais seulement du pouvoir :

« De déterminer les prix, contrôler ou restreindre la production ou la distribution, ou faire obstacle au maintien d'une concurrence effective, sur une partie importante du marché desdits produits; ou d'échapper, notamment en établissant une position artificiellement privilégiée et comportant un avantage substantiel dans l'accès aux approvisionnements ou aux débouchés, aux règles de concurrence résultant de l'application du présent Traité. »

un monopole et en abusent. Mais, ajoutent-ils, on peut se demander s'il ne serait pas applicable en fait au *contrat* qui tend à constituer une telle personne juridique. Les termes du décret sont si larges qu'on pourrait le penser.

De plus, condition qui n'est pas prévue par l'article 65, cet effet restrictif de concurrence est apprécié selon certains critères par la Haute Autorité : « Conformément au principe de non-discrimination énoncé à l'article 4, alinéa b, la Haute Autorité tient compte de l'importance des entreprises de même nature existant dans la Communauté, dans la mesure qu'elle estime justifiée pour éviter ou corriger les désavantages résultant d'une inégalité dans les conditions de concurrence ».

La différence qui sépare les deux systèmes est sensible. Alors que dans l'article 65 tout effet restrictif de concurrence entraîne l'interdiction, sauf exceptions particulières motivées non par le degré d'atteinte à la concurrence, mais par des considérations de progrès économique, dans l'article 66, au contraire, ce ne sont que certains effets restrictifs de concurrence qui vont entraîner le refus d'autorisation de l'opération de concentration et, en outre, ces effets seront appréciés par rapport à l'ensemble du marché du charbon et de l'acier (58). Il était impensable de condamner les opérations de concentration dans des termes analogues à ceux de l'article 65, car on aboutissait à la condamnation de principe de toutes les créations de sociétés, sauf autorisation spéciale (59).

131. — Il est donc impossible de soumettre d'une manière générale, en l'absence de prescriptions formelles de la loi, les opérations de concentration aux textes qui visent les accords ayant un effet sur la concurrence ou sur les prix. Ces opérations, alors même qu'elles résultent d'un contrat, ne sont pas des ententes économiques. Mais cette conclusion ne vise que les concentrations qui se réalisent par créa-

(58) Comp. la législation américaine antitrust. Selon la section I du Scherman Act : « Tout contrat, toute association sous forme de trust ou autrement, ou toute entente en vue de restreindre les échanges ou le commerce entre les différents Etats de l'union ou avec les pays étrangers sont illégaux. » (Il faut du reste se garder de donner au mot « trust » la signification qu'il a pu acquérir dans la littérature française.) Au contraire, selon la section 7 du Clayton Act (amendé le 29 décembre 1950), « Il est interdit à toute société qui fait le commerce d'acquérir directement ou indirectement tout ou partie des actions ou autres capitaux sociétaires d'une autre société commerciale. Nulle société relevant de la juridiction de la Federal Trade Commission ne peut acquérir tout ou partie des avoirs d'une autre société qui fait également le commerce, lorsque l'effet de cette acquisition risque d'affaiblir *notablement* la concurrence, ou de tendre à créer un monopole dans une branche quelconque du commerce, dans une région quelconque du pays... ».

Pour la loi allemande, comparer le parag. 1 GWB d'une part et les parag. 23 et 24 GWB d'autre part. Le parag. 1 vise tous les accords entre entreprises qui sont susceptibles d'influer sur le marché par une atteinte à la concurrence. Selon le parag. 23 : « Toute concentration d'entreprises doit obligatoirement être notifiée à l'autorité de cartel, lorsque les entreprises réunies atteignent par la concentration 20 % ou plus du marché d'une catégorie déterminée de produits ou de services... » Et selon le parag. 24, « L'autorité de cartel, après réception de la notification faite aux termes du parag. 23-1, peut inviter les entreprises concentrées à une négociation orale ou à une modification expresse, relatives à l'opération de concentration, lorsqu'il est prévisible que les entreprises détiendront par leur concentration une position dominante au sens du parag. 22-1 ou 2, ou qu'elles renforceront par leur concentration une position dominante ».

(59) On observera, d'ailleurs, que dans le système du Traité CECA tout se passe comme si les concentrations jouissaient d'une présomption favorable, sous l'angle du progrès économique et technique. Présomption qui n'existe pas à l'égard des ententes. Cf. KERN, *op. cit.*, p. 98.

tion de société ou extension d'une société préexistante. Elle ne concerne surtout que l'opération de fusion, totale ou partielle, proprement dite, c'est-à-dire *la confusion entre les mains d'une société unique de tout ou partie de patrimoines jusque-là distincts*.

132. — b) Si l'on se place maintenant au cours de l'existence de la personne morale qui a été créée, ou qui a absorbé une autre entreprise, il faut, pour trancher le problème, se référer aux personnes dont l'activité traduit l'atteinte qui est portée à la concurrence. Ce critère est en effet le seul décisif, car on ne peut pas soutenir que la personne morale met fin à la pluralité d'adhérents : au contraire, elle est un organe collectif par nature et rien de ce fait n'empêche de la traiter comme une entente. Il faut alors distinguer deux hypothèses :

1° L'action qui réalise en fait l'atteinte à la concurrence est exercée par la société. Par exemple, les dirigeants d'une société commerciale décident de mettre en œuvre un tarif discriminatoire de vente à l'égard de certains clients pour les produits que vend la société. Est-ce une mesure individuelle ou une mesure collective ? Pour admettre que la mesure a un caractère collectif, on peut faire appel à deux idées : en premier lieu on peut soutenir que toute activité d'une société est l'œuvre de l'ensemble des associés. Or, juridiquement, cette position est impossible à soutenir. Dans toute la mesure de son objet social, c'est bien la personne morale qui agit en son nom et à l'aide de son patrimoine. Et cela est vrai même lorsque les associés font des apports en industrie : ils agissent alors au nom de la société et non en leur nom propre. En second lieu, on peut faire valoir avec M. MAZEAUD que la mesure en cause n'est que le prolongement de la réunion qui a donné lieu à la naissance de la société. Ainsi, le contrat qui est à l'origine de la personne morale pèserait sur toute son existence. Mais, ici, le lien entre l'accord initial et l'effet sur la concurrence est indirect : entre ces deux termes viennent prendre place la décision et l'action de la société. L'accord initial avait pour seul objet de mettre quelque chose en commun en vue d'obtenir et de partager des bénéfices. Il n'y a aucune relation nécessaire entre cet accord et la restriction de concurrence qui a été décidée par les organes de la société. Le lien de causalité est beaucoup trop diffus pour être acceptable, et en tout cas on doit lui préférer la causalité la plus directe : celle qui voit dans l'origine de la mesure, la décision de la société elle-même par l'intermédiaire de ses représentants.

On peut donc affirmer que l'action exercée par la société a un caractère individuel et non collectif. Elle ne caractérise pas une entente et si elle est susceptible de tomber sous le coup de l'article 419 du Code pénal, ce n'est qu'au titre de l'action individuelle.

Cependant, la société peut n'être que fictive et n'avoir pour objet que de recouvrir une véritable entente : les décisions étant prises par l'ensemble des adhérents et exécutées par eux. De sorte que l'on ne peut se contenter de se référer aux seuls statuts pour apprécier le véritable objet de la société ; il faut rechercher dans chaque cas quel

est son objet réel : cette recherche est admise par une jurisprudence bien établie (60). Mais ici encore on dispose d'un guide très sûr en se référant à la personne qui exerce en fait l'activité économique. Est-ce la société au moyen de son patrimoine personnel ? Ou bien les associés à l'aide d'actifs fictivement réunis ?

2° L'action qui réalise l'atteinte à la concurrence est exercée par les associés en leur nom personnel. L'hypothèse est beaucoup plus simple. L'action de la société doit demeurer dans les limites de l'objet social. La distinction entre les fusions totales ou seulement partielles, sur laquelle certains auteurs fondaient leur raisonnement est donc sans portée : les associés qui ont concentré une partie de leurs activités ont conservé un domaine d'activité propre : en ce qui le concerne, ils agissent en leur nom personnel. Réciproquement, la société ne pourrait valablement prendre aucune décision à ce sujet.

Cependant, il peut se faire que, relativement à leur activité personnelle, des associés réalisent une entente dont la gestion serait confiée à la société qui existe déjà entre eux. Le cas est très fréquent dans les cartels avec comptoir sous forme de société. La société a un objet qui lui est propre, par exemple, la vente à la commission : et relativement à cet objet ses activités ont un caractère individuel. Mais elle gère aussi l'entente existant entre les membres relativement à leurs activités personnelles, par exemple, au sujet de la production et les prix de vente : elle fixe des barèmes de prix ou des quotas de production. Mais ici, la société n'est que l'instrument de l'entente : celle-ci se traduira par certaines clauses des statuts ou par des contrats annexes. En l'absence de clauses écrites, on pourra être en face d'une action concertée : le fait que la société dépasse son objet, par exemple arrête des barèmes, sera un indice de cette action. Mais la société qui résulte de la fusion partielle ne peut à elle seule traduire l'existence d'une entente.

Il reste un cas un peu particulier, qui est celui de la société en participation. Ce n'est pas un cas de concentration, car cette société ne dispose pas de la personnalité morale, de sorte que les associés continuent à agir en leur nom propre, mais, peut-on dire, dans un but d'intérêt social. On ne peut donc pas l'assimiler totalement à une entente. Mais la preuve de la société fictive sera ici beaucoup plus facile à faire, surtout si les associés conservent la propriété de leurs apports pour n'opérer qu'un partage des bénéfices.

133. — Il ressort de cette analyse :

- 1° Que les opérations de fusions, ne constituent pas des ententes;
- 2° Que les activités d'une société, dans la limite de son objet, ne peuvent pas être regardées comme l'effet d'une entente;
- 3° Que la société ne fait pas obstacle à l'existence d'une entente : soit qu'elle la dissimule fictivement, soit qu'elle en constitue un

(60) Cf. P. CORDONNIER, *L'objet social* : D. 1952, Chr. 71.

instrument d'exécution. Il reste alors à montrer comment ces conclusions trouvent leur appui dans la jurisprudence.

C. — Les solutions en jurisprudence

134. — On est frappé tout d'abord par le nombre restreint des décisions relatives à ce problème. Les articles 65 CECA et 85 CEE n'ont été l'objet d'aucune décision, et cela se comprend, lorsqu'on sait que les articles 66 CECA et 86 CEE qui visent les concentrations ne laissent place qu'à des litiges portant sur des points tout à fait particuliers. L'article 59 *bis* de l'ordonnance 45-1483 n'a donné lieu qu'à une décision publiée, jusqu'à ce jour; aucun des avis rendus par la Commission technique des ententes à propos de son application n'aborde expressément le problème de la fusion, bien que plusieurs d'entre eux concernent des ententes sous forme de société. Enfin il semble que, dans la mesure elle-même assez réduite, où l'article 419 du Code pénal a été appliqué, les ententes avec création d'une personne morale n'aient constitué qu'un cas assez exceptionnel.

Les décisions rendues, et il en est de fort anciennes, se répartissent en deux groupes distincts : placées en face d'une société, les unes refusent d'admettre l'existence d'une coalition; d'autres, au contraire, l'admettent. Il faut rechercher dans les circonstances de fait propres à chaque espèce et dans les motifs des arrêts les raisons de ces deux tendances.

135. — *a)* Arrêts qui ont refusé d'admettre l'existence d'une entente en cas de fusion.

Dans un cas de fusion totale de plusieurs entreprises, un très ancien arrêt de la Chambre criminelle a refusé d'appliquer l'article 419 du Code pénal (61). Plusieurs entreprises de messageries avaient réuni leurs activités au sein d'une société unique. Le directeur d'une entreprise concurrente apparue sur le marché plus de deux ans après la création de la société estimait que cette dernière réalisait une coalition illicite et se constituait partie civile. La Cour de Toulouse, le 13 juin 1837 (62), devait s'opposer à cette prétention, au motif que les industriels « en se réunissant en 1834 pour servir en commun les pays dans lesquels chacun d'eux avait jusqu'alors envoyé ses voitures, n'ont fait que concentrer leurs forces, afin d'en mieux assurer l'emploi par l'unité d'une direction mieux entendue ». En outre, la Cour relevait que « la loi ne punit pas celui qui seul a opéré la hausse ou la baisse d'une marchandise ». La Cour de cassation, dans son arrêt de rejet, devait reprendre cette position de principe en affirmant « qu'une coalition ne peut se former qu'entre plusieurs personnes, et qu'une société commerciale ne forme légalement, quel que soit le nombre des membres qui la composent, qu'une seule personne morale... »

(61) Cass. crim. 26 janv. 1838 : *S.* 1838, 1, 241; *D.* 1838, 1, 442.

(62) *S.* 1838, 1, 241.

Il est important de noter que la solution retenue en l'espèce contenait une double réponse : d'une part, au moment de la constitution de la société, il y avait bien accord de volontés, union de plusieurs personnes, mais cette union n'était pas de celles qui tombaient sous le coup de l'article 419 car il était impossible de prouver qu'elle avait pour but de ne pas vendre ou de ne vendre qu'à un certain prix (63); d'autre part, au cours de l'existence de la société, et à l'égard de son activité propre, on se trouvait bien en face d'une seule personne, ce qui excluait toute idée de coalition.

La seconde espèce qui présente un intérêt certain, est relative à un cas de fusion partielle. Des négociants en soufre avaient constitué une société anonyme qui se substituait à eux pour toute l'importation du soufre brut. La société ayant passé un accord d'exclusivité avec un raffineur assignait ce dernier en versement de dommages-intérêts pour n'avoir pas respecté les termes du contrat : le défendeur excipait de la nullité de la société, comme constitutive d'une coalition illicite. La Cour d'appel d'Aix, le 15 juin 1912 (64) repousse cette prétention, car au *vu des statuts* on ne pouvait pas déduire que la société avait pour but d'accaparer la totalité du soufre importé afin de créer les cours à son gré. La *création* de la société n'avait pas sa cause dans une coalition des entreprises, au sens de l'article 419. Bien entendu, conformément à la jurisprudence bien établie en la matière, la Cour n'était pas tenue de rechercher dans les seuls éléments intrinsèques de l'acte de société la preuve de l'illicéité de la cause; mais en l'espèce, la preuve n'était pas rapportée que les entrepreneurs aient vu dans la société qu'ils créaient un moyen de fausser les prix en ne vendant pas ou en ne vendant qu'à un certain prix.

On voit ainsi se dessiner, dans ces deux arrêts concordants, cette idée que la création d'une société, par fusion totale ou partielle, est en elle-même un élément insuffisant pour caractériser l'existence d'une coalition, quand bien même il en résulterait une hausse ou une baisse des prix. C'est en s'appuyant sur cette jurisprudence que certains auteurs avaient pu voir dans la forme de la société le moyen de préserver dans tous les cas une entente de la menace que constituait l'article 419. Or, les arrêts n'ont jamais adopté une position aussi catégorique.

136. — b) Arrêts qui, en cas de fusion, ont admis l'existence d'une entente.

Aucune décision dans ce sens n'a été rendue à l'occasion d'une fu-

(63) La même solution peut être déduite, *a contrario*, des motifs d'un arrêt de la Cour de Paris du 17 mai 1850 (*S.* 1850, 2, 383; *D.* 1850, 2, 122) : « Considérant, en fait, que X. et X. faisant le même service sur la même route, se sont réunis, non pour confondre les deux entreprises dans une association régulière, selon les formes et les conditions légales des sociétés de commerce, mais uniquement pour s'imposer réciproquement des obligations de service et en garantir l'accomplissement. »

(64) *G.P.* 1912, 2, 106.

sion totale (65). Dans trois espèces importantes, la jurisprudence a eu à trancher le problème que pose la création d'une société au regard de l'article 419. Si elle n'a pas, dans ces trois cas, retenu la consommation du délit, ce n'était cependant pas à cause de l'existence de cette société, mais pour d'autres motifs étrangers à la question qui nous occupe. L'existence d'une entente, susceptible de tomber sous le coup de la disposition pénale, n'était pas contestée.

Le 1^{er} mai 1894, la Cour de Grenoble a eu l'occasion de statuer sur la validité d'une société commerciale réunissant un certain nombre d'entrepreneurs en produits de céramique (66). L'objet de la société était la vente d'une partie de la production des associés. La Cour refusa d'admettre la violation de l'interdiction posée par l'article 419 du Code pénal, mais pour le motif qu'il n'était pas prouvé que les parties avaient eu pour but de surélever le cours des produits. On pouvait en déduire, *a contrario*, que la société en cause aurait très bien pu constituer une entente illicite. Or, il convient de remarquer que les statuts de la société contenaient des clauses particulières, mettant certaines obligations déterminées à la charge des entrepreneurs : ceux-ci s'engageaient à ne vendre, dans un rayon géographique déterminé et pendant une certaine période, certains de leurs produits qu'au siège social et par l'intermédiaire du directeur gérant. Il est permis de penser que là se trouvait véritablement — et non dans la simple création d'une société — la preuve d'une entente économique, la société n'étant que l'instrument de l'entente.

C'est à propos d'une espèce semblable que la Cour de Bordeaux le 2 janvier 1900, devait annuler une société en nom collectif comprenant deux sociétés et deux commerçants individuels, producteurs de chaux de la région de Saint-Astier (67). La cour releva que les entrepreneurs avaient eu pour but de monopoliser les produits dans leurs régions et d'obtenir une hausse factice des prix, et estima que la cause de la société était illicite. Mais cette preuve ne résultait pas de la simple création d'une société. L'arrêt, au contraire, prend soin de relever qu'une première convention passée entre les mêmes personnes avait été déjà annulée en 1890 comme constitutive d'une coalition illégale. La société en nom collectif n'était, comme l'avait montré le jugement de première instance (68), que la continuation de la convention précédente; elle ne constituait au surplus qu'une simple apparence, ainsi en témoignait le fait que les apports n'avaient été consentis qu'en jouissance.

(65) La seule tentative faite pour trouver dans une fusion totale les éléments constitutifs du délit de coalition, est celle qui a donné lieu à l'arrêt de la Chambre criminelle du 26 janvier 1838 précité. Il n'est pas interdit, pensons-nous, de donner un sens à l'absence quasi-totale de jurisprudence sur ce point. L'arrêt du 26 janvier 1838 était rédigé en termes très nets, et rendu dans une hypothèse très significative, il ne pouvait laisser place à aucune équivoque.

(66) *D.* 1895, 2, 221; *S.* 1894, 2, 277.

(67) *S.* 1901, 2, 225, note LEVY-ULLMANN; *D.* 1901, 2, 150.

(68) Trib. com. Périgueux 2 juin 1899, sous l'art. précit. : *S.* 1901, 2, 225.

Le 19 avril 1928, la Cour d'Aix devait admettre que vingt-sept fabricants de poterie de Vallauris, qui avaient créé une société anonyme chargée de la vente des produits, étaient parties à un entente (69). Ici encore, si l'article 419 ne fut pas finalement déclaré applicable, ce fut uniquement parce que l'entente n'avait pas pour but « d'exercer une pression sur le marché » mais seulement de « pallier les effets d'une concurrence ardente ». L'obstacle ne se trouvait pas dans le fait qu'une entreprise unique, la société anonyme, assurait la commercialisation des produits et était exclusive de toute idée de coalition. En fait la preuve de l'entente était à rechercher ailleurs que dans la création d'une société, car les adhérents avaient passé individuellement des contrats avec la société qu'ils venaient de fonder, par lesquels ils s'engageaient à lui apporter toute leur production et leur clientèle pour une durée de trois, six ou neuf ans, alors que la durée de la société était fixée par les statuts à vingt-cinq ans. La société n'était que l'instrument nécessaire au fonctionnement de l'entente.

Enfin, la Cour de Lyon, le 13 juin 1960 (70), a estimé que l'article 59 *bis* de l'ordonnance 45-1483 était applicable à une association en participation, sous réserve du bénéfice des dispositions de l'article 59 *ter*. Le contenu de l'arrêt n'infirme en rien la jurisprudence établie sur la base de l'article 419 du Code pénal. D'autant plus qu'il statue au regard des deux textes à la fois. En l'espèce, quatre sociétés métallurgiques, fabricants de faux et faucilles, et un commerçant individuel avaient fondé une association en participation. L'objet de la société consistait en une rationalisation de la fabrication et de la distribution des faux et faucilles; conformément à la nature de la participation, il était prévu dans les statuts que chaque participant conservait sa personnalité, demeurait propriétaire de ses apports et traitait avec la clientèle; mais chacun d'eux mettait son matériel et ses services techniques et commerciaux à la disposition de la société. Celle-ci supportait la totalité des frais de fabrication, encaissait le montant des ventes et partageait les bénéfices dans des proportions fixes.

Des difficultés s'étant élevées entre les associés, un membre dissident demandait la nullité de la société : d'une part, elle constituait dès sa naissance une entente prohibée; d'autre part, au cours de son existence, elle avait contraint les membres à des refus de vente et à des majorations discriminatoires, en leur imposant un barème de prix et des conditions de vente. L'argumentation de la Cour, développée dans des attendus d'une remarquable précision, tient en deux points :

1° Il est indiscutable que l'objet de l'association en participation, tel qu'il est décrit dans les statuts est parfaitement licite. En outre, si le tarif et les conditions de vente arrêtés par le Conseil de Direction conduisent à un traitement discriminatoire des clients et à l'obligation

(69) D. 1930, 2, 17, note PIC.

(70) D. 1961, 1, 148, note F. GORÉ; J.C.P. 61, II, 12103, note M. BOITARD.

de ne pas vendre en dehors des conditions fixées (71), cela n'a rien d'illicite en soi : en effet, le barème de prix, et les conditions de vente ne sont que la conséquence du fait que la société constitue un *fabricant unique* : « le fait par la participation d'imposer à ses membres des conditions de vente uniformes ne constitue pas, en soi, un acte répréhensible alors qu'il est la conséquence inéluctable de la mise en commun des dépenses et des recettes des participants... ».

Le principe posé est donc très clair : la réunion en société ne saurait constituer à elle seule une entente, les actes commandés par l'existence de cette société ne traduisant pas l'activité d'une entente.

2° Mais la Cour observe que la participation ne saurait « sous le couvert de ses statuts se livrer à une activité prohibée et qu'elle devrait être déclarée nulle s'il s'avérait que son véritable objet est, en fait, illicite ». Après avoir rappelé les conditions posées par l'article 59 *bis*, elle relève qu'une société en participation « est susceptible de constituer une coalition ou une entente prohibée » et cela d'autant plus que ces sociétés sont dépourvues de la personnalité morale, leurs membres conservant leur autonomie juridique : « il y a association et non fusion des entreprises ». De sorte que objectivement, remarquons-le, la différence entre l'association en participation et l'entente est extrêmement ténue. Ce sera bien souvent dans l'intention des parties qu'il faudra la rechercher (72).

Si l'existence de l'entente est admise, par contrecoup, les activités qui étaient sensées émaner d'un fabricant unique apparaîtront comme la manifestation de cette entente. Ainsi en est-il des barèmes de prix et des conditions de vente.

On voit, à la faveur de ces espèces, apparaître les grands traits de la jurisprudence en face des fusions totales ou partielles et plus généralement des groupements sous forme de société. Le système est parfaitement cohérent. Il apporte une solution nuancée à un problème tranché trop catégoriquement par la doctrine (V. *Addendum*).

§ 4. — Conclusion. Extension de la solution aux groupes de sociétés

137. — Les conclusions que l'on peut tirer de l'interprétation des textes, appuyée par l'examen de la jurisprudence, sont alors les suivantes :

(71) En effet, le barème commun se substitue au barème appliqué auparavant par chacun des adhérents; il en découle pour les clients de ceux-ci des inégalités qui ne trouvent plus leur source dans les variations de prix de revient du fabricant intéressé, mais dans celles d'un prix de revient moyen calculé sur l'ensemble de la production des associés. De même, par le jeu des conditions de vente, un commerçant pourra être amené à refuser des ventes dans des cas où auparavant il les avait consenties.

(72) Une remarque s'impose du reste à ce sujet. Il est évident que la qualification d'entente ne dépend pas d'un quelconque élément intentionnel. Dans l'art. 59 *bis*, cela est évident, le texte visant les accords qui « peuvent avoir pour effet d'entraver le plein exercice de la concurrence ». Mais c'est au regard de la qualification de société en participation que la recherche d'un élément intentionnel s'impose bien souvent. Cf. sur ce point, RIPERT et ROBLOT, *Traité*, T. I, p. 420.

a) *L'opération de fusion, totale ou partielle, le simple fait de concentrer des actifs, ou de confondre des patrimoines préexistants, ne peut jamais être qualifié d'entente.* Par voie de conséquence, la constitution d'une société civile ou commerciale ne réalise pas, en principe, une entente.

Mais cette opération qui aboutit généralement à dissimuler l'individualité des associés derrière une personne morale, juridiquement indépendante, ne fait pas obstacle à l'existence d'une entente tombant sous le coup de la loi :

1° En cas de fusion totale, lorsqu'il apparaît que la création de la société est purement fictive et qu'elle ne sert qu'à dissimuler l'activité concertée des entreprises qui ont fusionné : la fiction se traduira en général par le fait que la société nouvelle n'exerce aucune activité économique qui lui soit propre ; en cas d'absorption, par le fait que la société absorbée continue de jouir de son autonomie économique.

2° En cas de fusion partielle, lorsque les entrepreneurs en cause, qui conservent leur individualité, forment une entente tombant sous le coup de la loi, mais dont la société n'est que l'instrument : la preuve de l'entente découle non de la fusion des actifs, mais d'engagements particuliers contenus soit dans les statuts de la société, soit dans des contrats passés avec la société, soit dans un règlement annexe.

b) *Au cours de son existence, et à raison des actes qu'elle passe en son nom propre, la société peut :*

1° Devenir l'instrument d'une entente formée entre les associés, sous réserve des preuves mentionnées sous a-1° ;

2° Tomber sous le coup de l'article 419 du Code pénal, au titre de l'action individuelle sur le marché. .

c) *Dans tous les cas, la société est juridiquement extérieure à l'entente, elle n'en est que l'instrument.* La création d'une personne morale et la concentration des apports, *stricto sensu*, ne peuvent être utilisés comme éléments de preuve de l'entente économique.

138. — La solution doit-elle être différente dans le cas du groupe de sociétés ? Sans doute, la situation n'est-elle pas la même : nous avons admis que lorsque deux sociétés X et Y sont toutes deux associées, dans une société A, il n'existe pas *ipso facto* une entente entre elles ; mais qu'en est-il lorsque deux sociétés A et B comptent au nombre de leurs associés la même société X ? Va-t-on dire qu'il existe des liens d'entente entre A, B et X ? En fait, il n'y a pas plus de raison que dans le cas précédent d'admettre ici l'existence d'une entente : il suffit d'observer que la qualité d'associé est par sa nature étrangère à la notion d'accord telle que nous l'avons analysée, à propos de l'entente. Le schéma triangulaire A, B, X peut se développer et se compliquer pour rendre compte des réseaux complexes d'influences qui caractérisent les groupes de sociétés modernes (73). On n'en pourra jamais

(73) Cf. M. VANHAECKE, *Les groupes de sociétés*, Paris, 1959, p. 16 et s.; 57 et s.

conclure que de simples liens de participation puissent être synonymes d'entente.

Cela étant précisé, rien ne s'oppose à ce qu'une véritable entente puisse se former entre les filiales d'une même société.

Ces entreprises étant juridiquement indépendantes, peuvent se lier par convention. Mais la preuve de l'entente est à rechercher en dehors des liens de participations qui peuvent les unir (74).

(74) La Commission technique des ententes, dans son avis sur l'industrie du magnésium (*Rapports* 1954-1959, p. 10 et s.), l'admet lorsqu'elle relève que « l'entente existant entre Péchiney, Ugine et leurs filiales dans l'industrie du magnésium tombe sous le coup de la prohibition instituée par l'art. 59 *bis*... » Il semblerait à première vue que la Commission ait trouvé la preuve de cette entente dans les liens de participations qui unissent les diverses sociétés. En fait, il n'en est rien : « La Société générale du magnésium » est une filiale de Péchiney et Ugine, mais ce qui est déterminant, c'est qu'elle joue le rôle de comptoir de vente, chargé de la distribution de la totalité du magnésium produit par ces dernières : la société « Le magnésium industriel » est une filiale des trois sociétés précédentes, mais son appartenance à l'entente résulte des contrats d'exclusivité adjoints aux contrats de licence passés avec les entreprises de fonderie.

TITRE III

LES MANIFESTATIONS DE L'ENTENTE

139. — Les causes de la formation des ententes économiques sont aujourd'hui bien connues. Il est devenu classique de rappeler qu'elles doivent leur naissance à des raisons qui sont à la fois politiques, techniques, psychologiques et économiques.

Raisons politiques : en période de conflit armé ou de crise économique, l'Etat contrôle plus étroitement l'économie nationale. Il oblige les entrepreneurs à se soumettre à une stricte discipline et utilise à cette fin des organismes professionnels de caractère semi-public. L'intervention de la puissance publique se faisant moins pressante, les structures et les habitudes demeurent; les industriels et les commerçants continuent d'être sensibles à une certaine discipline. Raisons techniques : la production moderne nécessite la recherche, la normalisation des produits, la spécialisation technique; autant de facteurs qui poussent à l'organisation et à la création d'organismes communs à l'ensemble d'une profession. Raisons psychologiques : peu à peu, dans les économies complexes, le goût du risque cède le pas au besoin de sécurité. L'association devient une assurance.

Mais ce sont les causes économiques des ententes qui demeurent déterminantes. Ces causes sont elles-mêmes de deux sortes.

En premier lieu, le développement des grandes unités de production, marque de l'époque contemporaine, nécessite l'utilisation de capitaux fixes de plus en plus importants. Dès que la proportion des capitaux circulants est insuffisante, les déséquilibres de production sont difficilement compensés (1). A une rigidité de l'offre, s'oppose une fluidité de la demande, faisant preuve d'un rythme souvent chaotique. C'est pour résister à ces variations que les entrepreneurs font front commun. En face d'un fléchissement de la demande, ils préfèrent aux aléas d'une concurrence destructrice, l'entente qui maintient un niveau moyen de production à l'intérieur de leur branche et leur permet de couvrir une partie des frais fixes.

(1) BAUDIN, *Traité*, T. I, *Les facteurs et la production*, par A. BARRÈRE, p. 761 et s.

En second lieu, la création progressive d'un marché européen unique donne de nouvelles raisons d'être aux ententes nationales. L'abaissement des barrières douanières, la suppression des contingents favorisent l'entrée des concurrents étrangers sur les divers marchés nationaux autrefois protégés. C'est pour conserver des positions acquises que des groupements d'industriels ou de commerçants vont tenter de remplacer les anciennes barrières institutionnelles par des barrières de nature conventionnelle : c'est ainsi qu'une entente groupant les producteurs et les distributeurs d'un produit considéré, dans l'un des pays membres, peut en fait s'opposer, par des clauses d'exclusivité, à toute concurrence en provenance d'un autre pays membre de la Communauté.

Ainsi, il n'est plus à démontrer que le but des ententes économiques, le but essentiel par rapport à d'autres dont il ne se dégage pas toujours très clairement, reste une certaine emprise sur les conditions de la concurrence au sein d'un marché particulier. Réciproquement, il n'est pas contesté que toute concentration de pouvoir économique comporte un effet de restriction de concurrence que ne peuvent jamais totalement dissimuler d'autres effets annexes, qu'ils soient d'ordre technique ou social (2). Parmi les diverses manifestations de l'entente, la restriction de concurrence qui en caractérise le but et l'effet essentiel, apparaît comme la manifestation principale.

140. — Sous quelle forme ce caractère spécifique entre-t-il dans la notion juridique d'entente économique ? On se trouve en face de trois problèmes distincts.

En premier lieu, à quel stade de son développement va-t-on saisir l'action commandée par l'entente ? Au stade du projet, au stade de la mise en œuvre des pratiques prévues, au stade de la réalisation des effets sur le marché ? Nous verrons que chacune de ces diverses manifestations est dotée d'une valeur propre, susceptible de fonder une définition de l'entente. Le droit interne et celui des Traités se réfèrent aux trois ordres de manifestations mais semblent accorder la préférence au critère de l'effet de l'entente.

En second lieu, si l'on s'accorde pour fonder une définition de l'entente sur ses effets, quels effets va-t-on prendre en considération ? En particulier, quelle sera l'importance relative accordée à l'atteinte ressentie par la concurrence ? Comment concevoir l'idéal de concurrence dont une représentation précise est indispensable lorsque l'on veut qualifier les atteintes qui y sont portées ?

Enfin, étant parvenu à une définition qui soit en accord avec les textes, quel sera le contenu exact d'une telle définition ? Autrement dit, quels seront les groupements qui, par leurs effets sur le marché, pourront être qualifiés d'ententes économiques ?

C'est en suivant cette méthode que l'on examinera la valeur res-

(2) BAUDIN, *Traité*, T. I, *La concentration*, par J. LAJUGIE, p. 949 et s.; — J. MARCHAL, *Cours*, T. I, p. 885 et s.

pective des diverses manifestations d'une entente, au point de vue de sa définition juridique, que l'on recherchera quelle peut être une définition fondée sur les effets de l'entente, que l'on envisagera enfin le contenu d'une telle définition, en dressant un tableau des divers comportements qui méritent le nom d'entente économique.

Chapitre I. — Valeur respective des diverses manifestations de l'entente, au point de vue de sa définition.

Chapitre II. — Recherche d'une définition fondée sur les effets de l'entente.

Chapitre III. — Contenu de la définition proposée.

CHAPITRE I

VALEUR RESPECTIVE DES DIVERSES MANIFESTATIONS DE L'ENTENTE, AU POINT DE VUE DE SA DEFINITION

141. — Il est remarquable que les juristes qui ont voulu saisir avec précision les manifestations caractéristiques de l'entente se soient heurtés à des obstacles qui n'ont jamais été totalement surmontés. C'est que l'on hésite ici entre deux tendances, sans pouvoir se rallier complètement à l'une ou à l'autre. Il est en effet possible de qualifier l'entente à deux moments distincts de son activité. D'une part, lorsqu'elle a effectivement entraîné une altération de concurrence, et on la saisit alors avec certitude en se référant à *l'effet* qu'elle a entraîné. D'autre part, avant toute altération de concurrence, et l'on doit alors se référer au type de *comportement* dont elle est la source.

En faveur du premier système, on fera valoir l'objectif essentiel de la loi : préserver la concurrence. Seules les activités qui, effectivement, portent atteinte à la concurrence, doivent tomber sous le coup de la loi, et, dit-on, toute législation économique doit faire preuve de pragmatisme : les mesures à prendre doivent être proportionnées aux effets constatés. En faveur du second système, on peut souligner l'aspect préventif que doit revêtir la législation : il est infiniment préférable, et plus efficace, de préserver la concurrence que de la restaurer. Mais de sérieuses critiques peuvent être adressées à ce système : les phénomènes économiques que l'on prend pour objet sont complexes : les comportements qui par nature entraînent des atteintes à la concurrence sont mal connus : une liste d'activités suspectes inscrite dans la loi serait forcément incomplète; d'autre part, et ici la difficulté s'aggrave, un grand nombre de pratiques, comme, par exemple, un accord de spécialisation ou d'échange de statistiques n'entraînent pas automatiquement une restriction de concurrence : ce sont des pratiques ambiguës qui ne prennent leur signification qu'au regard du marché sur lequel elles se manifestent. Il serait donc peu réaliste de poser en présomption absolue que de telles activités menées par voie d'entente vont avoir pour effet une altération de la concurrence.

Ces deux tendances se retrouvent dans les développements successifs de notre législation. Ils se retrouvent également dans les arti-

cles 65 CECA et 85 CEE. Comment convient-il de situer chacune des dispositions consacrées aux ententes, par rapport aux deux systèmes indiqués ? C'est ce qu'il convient d'étudier en premier lieu. On montrera ensuite qu'il faut, si l'on veut aboutir à quelque précision dans l'interprétation des textes, envisager le problème de l'action de l'entente en étroite liaison avec la forme que revêt l'accord, action concertée ou contrat.

§ 1. — La souplesse des textes

A. — Le droit interne

142. — Il n'est pas étonnant que la première disposition consacrée aux ententes ait été un texte de droit pénal. La loi tendait à une interdiction pure et simple de certaines ententes : le caractère intimidant des pénalités devait, pensait-on, jouer le rôle préventif, propre à toute technique répressive. D'un autre côté, on avait tenté de concilier deux exigences : sanctionner les pratiques qui étaient effectivement contraires au but de la loi, mais ne les sanctionner qu'en toute certitude. Ainsi, l'article 419 du Code pénal, dans sa rédaction initiale, qualifiait les coalitions par la réalisation d'un certain résultat, — l'objet du délit —, la hausse ou la baisse des prix au-dessus ou au-dessous de ceux qu'aurait déterminés la concurrence naturelle et libre du commerce. L'atteinte portée aux prix apparaissait comme le seul critère sûr d'une altération de concurrence. Et conformément à la logique du système, la répression n'atteignait que le *délit consommé* : il fallait que la hausse ou la baisse eussent été effectivement constatées. La tentative n'était pas punissable (1). En outre, afin de limiter l'incrimination, le texte faisait référence à l'activité menée par l'entente, les moyens du délit, en ne visant que les coalitions tendant à ne pas vendre ou à ne vendre qu'à un certain prix. La cohérence de notre ancienne disposition pénale ne se retrouve malheureusement pas dans les textes plus modernes.

143. — Les rédacteurs de la loi du 3 décembre 1926, modifiant l'article 419 du Code pénal, étaient animés par un double souci : étendre le champ d'application du texte; accentuer son caractère préventif (2). D'où, quant au point qui nous intéresse, deux modifications importantes. En premier lieu, le texte ne saisit plus l'entente que par référence à ses seuls effets : il s'agit toujours d'une hausse ou d'une baisse artificielle des prix, le terme « artificielle » indiquant

(1) Cass. crim. 29 mai 1840 : *S.* 1840, 1, 831; — 14 juill. 1854 : *D.* 1854, 1, 301; — Paris 28 fév. 1888 : *D.* 1893, 2, 69; — *S.* 1889, 2, 49; — 14 avril 1891 : *D.* 1893, 2, 69; — Grenoble 1^{er} mai 1894 : *D.* 1895, 2, 221; — Alger 26 déc. 1907 : *D.* 1909, 2, 39.

(2) V. la discussion soulevée par la loi du 3 décembre 1926 devant la Chambre des députés, séances du 6 mars (*J. O.* 7 mars, p. 1123) et du 13 mars 1924 (*J. O.* 14 mars, p. 1264 et 1265).

que l'altération des prix est la traduction concrète d'une altération de la concurrence « naturelle » puisque en régime d'économie de marché, c'est la concurrence qui doit déterminer le prix d'équilibre. Les moyens d'action de l'entente ne sont plus qualifiés que « d'action sur le marché », expression trop vague pour que l'on puisse lui accorder une signification quelconque. En fait, c'est l'abandon pur et simple de toute référence à l'activité de l'entente (3). Mais en second lieu, l'article 419 vise aujourd'hui aussi bien la tentative que le délit consommé (4), et cela doublement, peut-on dire, puisque tombent sous le coup de la loi non seulement ceux qui tentent d'obtenir l'altération des prix par leur action, mais également ceux qui tentent d'exercer une action sur le marché. Cette conséquence ne provient pas d'un défaut de rédaction du texte, elle signifie au contraire que l'entente tombe sous le coup de la loi dès sa formation, dès que l'accord a pris forme, et avant toute activité et toute réalisation d'un résultat. Il suffit que soit constatée l'intention délictueuse, c'est-à-dire la connaissance des effets possibles de l'entente (5).

En revanche, il est permis d'affirmer que doit être écartée toute référence au but que visent les membres de l'entente, lorsqu'il s'agit de se prononcer sur l'existence de celle-ci. D'abord, l'intention délictueuse ne se confond pas avec les mobiles : elle est réalisée par la simple connaissance que des membres ont des suites vraisemblables de leur comportement. Ensuite, l'article 419 requiert bien pour son application que les délinquants aient agi « dans le but de se procurer un gain qui ne serait pas le résultat du jeu naturel de l'offre et de la demande » ; le mobile est ici pris en considération. Mais il est unanimement reconnu que cette exigence de la loi permet de distinguer les ententes licites de celles qui tombent sous le coup de la disposition pénale (6). Il s'agit donc d'un critère de validité et non d'existence de l'entente. En ce qui concerne ce dernier, seule la référence aux effets est admissible. Les mobiles ne jouent aucun rôle.

On voit comment, n'ayant pas su choisir entre un système de traitement préventif se référant aux moyens d'action de l'entente, et un système de traitement systématique se référant aux effets constatés de l'entente, le législateur a malencontreusement mêlé les deux techniques. L'entente est saisie dès la formation de l'accord, mais par référence à ses effets futurs. Le législateur impose de se livrer chaque

(3) Dans ce sens, L. MAZEAUD, *Le régime juridique des ententes...* précit., p. 128 et s. — V. également, Paris 30 mars 1949 : *G. P.* 1949, 1, 200.

(4) V. l'application du principe dans Cass. crim. 11 juin 1937 : *D.* 1938, 1, 33, note PIC; *S.* 1938, 1, 398, et Douai 28 nov. 1951 : *D.* 1952, J, 13.

(5) GARÇON, *Code pénal annoté*, précit., p. 396 (« Conformément aux principes généraux, l'intention sera réalisée lorsque l'agent aura agi avec connaissance, sachant que les moyens qu'il employait devaient avoir pour effet de supprimer le libre jeu de la concurrence et de troubler les cours réguliers... »). V. également, Cass. crim. 2 juill. 1942 : *Rec. dr. pénal* 1942, 56.

(6) Chambre des députés, séances des 13 mars 1924 (*J. O.* 14 mars, p. 1266) et du 15 mars 1924 (*J. O.* 16 mars, p. 1308). — L. MAZEAUD, *Le régime juridique des ententes*, *op. cit.*, p. 142 et s.

fois à un calcul économique complexe : celui de savoir si un comportement déterminé doit nécessairement entraîner une altération de concurrence et un mouvement des prix. Dans bien des cas, le juge hésitera à le dire, quand bien même serait prouvée l'intention délictueuse des participants (7).

144. — Une technique analogue a été reprise par les rédacteurs de l'article 59 *bis* de l'ordonnance 45-1483. On peut même affirmer que le législateur a ici franchi un pas de plus. C'est encore aux effets qu'il fait appel pour qualifier l'entente, et c'est encore avant toute réalisation de ces effets que l'entente tombe sous le coup de la loi, puisque le texte vise les ententes « ayant pour objet ou *pouvant avoir pour effet* d'entraver le plein exercice de la concurrence en faisant obstacle à l'abaissement des prix de revient ou de vente ou en favorisant une hausse artificielle des prix ». Mais le texte va plus loin, à ce point de vue, que l'article 419 du Code pénal. D'une part, le terme « *pouvant avoir pour effet* » montre qu'il n'est nullement nécessaire de tenir compte des intentions des membres de l'entente. Il s'agit ici de la simple possibilité objective d'une altération de la concurrence ou des prix, en dehors de toute volonté des participants (8) et même théoriquement, à l'insu de ceux-ci. D'autre part, le terme « *ayant pour objet* » semble indiquer que la seule intention d'entraver la concurrence en altérant les prix suffit à qualifier l'entente, en dehors de toute possibilité de réalisation effective du but visé; il est évident que cette intention ne saurait à elle seule constituer le délit de l'article 419 du Code pénal. Ainsi, le champ d'application de l'article 59 *bis* est étendu au maximum; il est impossible d'aller plus loin dans cette voie.

Il est vrai qu'à première vue, le texte paraît faire référence aux moyens d'action utilisés par l'entente. C'est en faisant obstacle à l'abaissement des prix ou en favorisant leur hausse que l'entente aura pour effet d'entraver le plein exercice de la concurrence. Ainsi, à la lumière d'une exégèse étroitement grammaticale du texte, on pourrait penser que l'effet sur les prix apparaît comme un événement intermédiaire dans l'enchaînement des causes et des effets. Cette interprétation ne peut être retenue. D'abord elle n'est pas la seule qui soit grammaticalement concevable : le mot « *en* » peut tout simplement indiquer la concomitance et non le moyen. Ensuite, elle heurte

(7) Lors des travaux préparatoires, la répression de la tentative avait été sérieusement critiquée par le rapporteur de la Commission du commerce, Marcel PLAISANT : « ... Lorsque l'on veut viser la tentative, il faut établir une relation de cause à effet entre un acte certain et une hypothèse... Si la difficulté est grande d'établir la relation de cause à effet entre un acte connu et un acte consommé, elle est plus grande encore et en quelque sorte insurmontable, quand il s'agit d'établir la relation de cause à effet entre un acte connu et un acte hypothétique, c'est-à-dire celui que l'on ne peut supposer que par une opération de l'esprit et par une construction de l'imagination... » (Chambre des députés, séance du 13 mars 1924, précit.). L'objection prend toute sa valeur lorsque l'on songe à quel point l'application de l'art. 419 s'est trouvée, en fait, limitée depuis 1926.

(8) L'art. 59 *bis* n'est pas, rappelons-le, un texte pénal. Il est vrai que l'art. 37-3° le prend pour base d'une infraction, mais il sera montré que toute violation de l'art. 59 *bis* ne réalise pas automatiquement le délit de l'art. 37-3°.

le bon sens, car il est bien souvent impossible de dire si la restriction apportée à la concurrence est elle-même la cause ou l'effet d'une altération des prix; ainsi en est-il, par exemple, dans le cas d'une entente fixant par barème les ristournes que les membres peuvent accorder à leurs clients. Du reste, la Commission technique des ententes traite les deux effets, sur la concurrence et sur les prix, en les plaçant sur le même plan. Dans l'avis rendu à propos des *Ententes professionnelles dans le domaine de la publicité*, on peut relever qu'une pratique « met au premier chef obstacle à la libre concurrence et exerce une action sur les prix » (9).

De sorte que l'article 59 *bis* ne comporte aucune référence aux moyens d'action de l'entente; il n'envisage qu'un double effet, voulu ou possible, sur la concurrence et sur les prix. Cette référence à l'altération des prix est parfaitement étrangère aux textes du droit communautaire.

B. — Le droit communautaire

145. — L'article 65 CECA vise les ententes qui « tendraient » sur le marché commun, directement ou indirectement, à empêcher, restreindre ou fausser le jeu normal de la concurrence. Quant à l'article 85 CEE, il concerne les ententes « qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun ». C'est donc ici encore par référence à ses effets que l'on qualifie l'entente. Comme en droit français, également, l'entente est saisie par le droit dès sa naissance, avant toute action, et c'est toujours sur une sorte de calcul de l'imagination que semble reposer la qualification. En particulier, l'expression « tendraient directement ou indirectement » a exactement le même sens que les termes « ont pour objet ou pour effet », car elle peut s'entendre soit de la volonté des membres de l'entente, soit des conséquences purement objectives de celle-ci.

Comme le législateur français, les rédacteurs des Traités ont donc cédé à la tentation de donner aux textes la plus large application possible, tout en leur conférant un effet préventif. Ils ont été cependant plus heureux, en ce sens qu'ils ont donné, à titre accessoire, semble-t-il, des indications relatives aux moyens d'action qui peuvent servir à caractériser l'entente. Ces indications n'ont qu'une valeur d'exemple, comme le montrent les termes « en particulier » utilisé dans l'article 65 CECA, et « notamment » employé dans l'article 85 CEE. Elles sont néanmoins fort utiles, et cela à double titre. D'abord, il est probable que ces indications sont relatives aux cas qui ont été envisagés comme

(9) *Rapports 1954-1959*, p. 39. De même, dans sa décision à l'égard de l'entente entre *Fabricants de culots de lampes électriques*, le ministre fait valoir que « l'entente a incontestablement pour effet de restreindre la compétition sur le marché et constitue par là même un obstacle au libre jeu de la concurrence ainsi qu'à l'abaissement des prix de vente communs... » (*Rapports 1954-1959*, p. 24).

les plus fréquents et les plus caractéristiques des ententes économiques. Ensuite, ils sont intéressants en ce qu'ils fournissent une base de méthode, par comparaison, pour déterminer d'autres activités qui tendent à fausser le jeu de la concurrence.

L'article 65 CECA cite trois catégories d'activités :

- a) Fixer ou déterminer les prix;
- b) Restreindre ou contrôler la production, le développement technique ou les investissements;
- c) Répartir les marchés, produits, clients ou sources d'approvisionnement.

L'article 85 CEE reprend ces trois exemples, en des termes sensiblement analogues, mais en y ajoutant ceux des conditions discriminatoires et des clauses d'enchaînement :

- a) Fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction;
- b) Limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements;
- c) Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement;
- d) Appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;
- e) Subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

Mais comme ces énumérations ne prétendent pas épuiser tous les cas d'ententes, toute latitude est laissée aux juridictions afin de déterminer quelles sont les autres activités qui peuvent tendre à altérer la concurrence.

146. — En résumé les quatre textes présentent les similitudes et les différences suivantes :

1° A leur égard, les ententes sont toujours qualifiées par référence à un *effet* qu'elles entraînent.

2° Selon l'article 59 *bis* de l'ordonnance 45-1483, l'article 65 CECA et l'article 85 CEE, l'entente est caractérisée dès qu'elle est formée et dès qu'elle a pour but, ou qu'elle peut avoir pour conséquence purement objective, l'effet signalé.

Au contraire, selon l'article 419 du Code pénal, la tentative requiert toujours une intention délictueuse et un commencement d'exécution.

3° L'effet envisagé dans l'article 419 du Code pénal et dans l'article 59 *bis* de l'ordonnance 45-1483 concerne à la fois la concurrence et les prix.

Il concerne dans l'article 85 CEE la concurrence et le commerce entre Etats membres de la Communauté

Il ne concerne dans l'article 65 CECA que la concurrence normale sur le marché du charbon et de l'acier.

Or, on s'aperçoit que certaines de ces différences tendent à s'estomper lorsque l'on envisage l'activité de l'entente en relation avec la forme qu'elle revêt.

§ 2. — *Relations entre l'activité et la forme de l'entente*

Il faut reprendre les deux grandes formes d'entente : action concertée et contrat.

147. — Lorsque l'entente revêt la forme de l'action concertée, l'accord entre les membres, préalable à toute action, est en lui-même sans signification. Il doit être complété par des mesures d'exécution et c'est à ce moment là seulement que l'entente se trouve réalisée. Le contenu de l'accord, qui est dépourvu de toute portée juridique, est inutilisable pour qualifier l'entente. De sorte que c'est au vu de la seule activité des membres que pourra être faite cette qualification.

Cette interprétation, selon laquelle la qualification de l'action concertée ne peut s'appuyer que sur une activité effective des adhérents, se trouve confirmée par la pratique de la Commission technique des ententes. Ainsi, dans l'affaire *Fabricants de verre électrotechnique* (10), la Commission avait relevé qu'en l'absence de tout document écrit, l'avis ne pouvait être rendu qu'après examen de la situation de fait du marché. Un tarif commun de vente avait été élaboré par les deux plus grands producteurs, mais en fait les prix avaient évolué dans le sens d'une nette différenciation : la Commission concluait que « dans ces conditions, l'existence d'un tarif non appliqué pratiquement ne peut être actuellement retenue comme prouvant l'existence d'une entente ». L'argumentation est parfaitement fondée, car le tarif commun résultait d'un simple accord, et était dépourvu de toute portée juridique. Il n'aurait pris de valeur, pour la qualification de l'action concertée, que s'il avait été mis en application. Mais jusqu'à là il ne pouvait pas avoir pour effet d'entraver le plein exercice de la concurrence.

En revanche, dans l'affaire *Fabricants de culots de lampes électriques* (11), les enquêtes témoignaient de la mise en œuvre effective par trois sociétés d'un programme de spécialisation de fabrication, de la pratique de prix de vente communs et de remises d'un pourcentage uniforme sur les cessions de culots qu'elles se consentaient mutuellement. La Commission relevait en conséquence que « dans ces conditions, les pratiques de l'entente entravent le plein exercice de la concurrence et peuvent avoir pour effet de faire obstacle à l'abaissement des prix de vente » (V. *Addendum*).

Ainsi, dans l'action concertée, la qualification de l'entente découle

(10) *Rapports* 1954-59, p. 12.

(11) *Ibid.*, p. 23.

d'une appréciation objective des faits. Au regard des articles 59 *bis* de l'ordonnance 45-1483 et 85 CEE, cette situation correspond exactement au terme « pouvant avoir pour effet ». Selon l'article 65 CECA, l'action concertée « tend » à fausser la concurrence. Enfin, au regard de l'article 419 du Code pénal, elle constitue une tentative : il y a commencement d'exécution, sous réserve de la preuve d'une intention délictueuse. La situation est différente lorsque l'entente est juridiquement organisée.

148. — Lorsque l'accord emprunte la forme du contrat, il est apte à produire ses effets dès sa formation, car il existe un acte juridique, créant des obligations à la charge des participants. Ainsi, l'entente peut être révélée par le contenu des accords qui ont été passés, soit entre les membres, soit entre les membres et un organe central doté de la personnalité juridique. L'analyse de ces conventions permet de déterminer la possibilité d'un effet sur la concurrence ou sur les prix. Lorsque l'entente est révélée par la décision prise par les organes d'une personne morale, dont les statuts avaient un objet trop vague pour qu'apparaisse d'emblée une atteinte à la concurrence ou aux prix, c'est l'analyse de cette décision qui démontrera cette atteinte. Ainsi, l'entente dans ces deux cas peut être qualifiée, avant que les mesures prévues aient été mises à exécution par les membres. Les conséquences sont totalement différentes, si l'on compare cette situation avec celle de l'action concertée. Supposons, par exemple, que les accords prévoient l'établissement d'un barème de prix commun, ou que le président d'un syndicat décide la mise en application d'un tel barème : l'existence de l'entente pourra être retenue sur la seule preuve du contenu de l'accord ou de la décision. Peu importe que le barème n'ait pas encore été mis en application. C'est qu'en effet, à la différence du cas de l'action concertée, l'accord ou la décision s'imposent juridiquement aux membres de l'entente.

Bien entendu, si les mesures prévues par l'entente ont déjà été mises en œuvre, il sera possible d'utiliser ces faits comme supplément de preuve. Mais, en revanche, le fait que les accords n'ont pas été encore appliqués ne saurait faire obstacle à une qualification tirée du seul examen des conventions ou de la décision : il faudrait démontrer que la suite qui n'a pas été donnée à l'acte juridique découle d'une résiliation ou d'une rétractation.

Cette interprétation est au reste en conformité avec la jurisprudence et la pratique suivie par la Commission technique des ententes. A propos de l'application de l'article 419 du Code pénal, nombreux sont les arrêts qui statuent sur la seule considération des contrats conclus entre les entrepreneurs, mais particulièrement significatif à ce point de vue apparaît un attendu de la Cour de Douai, dans un arrêt en date du 28 novembre 1951 (12) : « Attendu que l'intention des prévenus comme le but recherché par eux était représen-

(12) *D.* 1952, 13.

sible; qu'il importe peu qu'ils aient cessé leur action avant même d'y être contraints par des circonstances indépendantes de leur volonté, ni que l'effet de leurs manœuvres ait été minime ou même inexistant, dès lors que tous les éléments du délit prévus par les articles 419 et 420 du Code pénal se trouvent réunis et que la simple tentative est punie par ces textes ».

De même, dans l'affaire *Fabricants de demi-produits en métaux cuivreux* (13), l'avis de la Commission technique est rendu, quant à l'existence de l'entente au regard de l'article 59 *bis*, uniquement sur l'analyse de conventions passées entre cinq unions et leurs membres.

Ainsi, dans tous les cas où l'accord revêt la forme du contrat ou se trouve complété par une décision, c'est *l'objet de l'acte juridique* qui est pris en considération pour qualifier l'entente au regard de ses effets. Selon l'article 59 *bis* de l'ordonnance 45-1483 et l'article 85 CEE, ce sont les ententes qui ont « pour objet » l'atteinte à la concurrence ou aux prix. Selon l'article 65 CECA, c'est l'acte juridique qui « tend » par les obligations qu'il impose à ses destinataires, à fausser la concurrence. Enfin, au regard de l'article 419 du Code pénal on peut affirmer que la convention elle-même ou la décision constituent le commencement d'exécution du délit, que requiert toute tentative : la conclusion de cette convention ou la prise de décision apparaissent bien comme des « actes extérieurs en rapport immédiat et direct avec le but criminel de l'agent », conformément au critère admis en jurisprudence (14) (V. *Addendum*).

149. — On relève donc une remarquable similitude de technique entre les quatre textes, en ce qui concerne la qualification de l'entente sur le plan de ses manifestations.

1° L'activité de l'entente est caractérisée par ses effets.

2° Ces effets peuvent être déterminés d'une manière hypothétique :

— à partir des pratiques suivies par les auteurs de *l'action concertée*;

— à partir de l'acte juridique qui est à la base de *l'entente organisée*.

3° L'article 419 du Code pénal prévoit une condition supplémentaire : l'existence de l'intention frauduleuse chez les membres, c'est-

(13) *Rapports* 1954-59, p. 47. V. également dans le même sens, *Industrie du savon de ménage* (*ibid.*, p. 8); *Industrie et commerce de la levure de panification* (*ibid.*, p. 9), avis dans lequel on relève cette phrase significative : « Considérant que les clauses de l'entente ci-dessus analysées ont pour effet d'entraver l'exercice de la concurrence en faisant obstacle à l'abaissement des prix de vente... » *Fabricants de lampes électriques* (*ibid.*, p. 22), *Fabricants de fils et câbles électriques isolés* (*ibid.*, p. 25), *Fabricants de jantes et guidons* (*ibid.*, p. 49).

(14) Cette interprétation de l'art. 419 C. pén. n'a pas toujours été admise par les juridictions inférieures. V. p. ex., Trib. corr. Montreuil-sur-Mer 10 août 1932 : *G.P.* 1932, 2, 841.

à-dire la volonté de voir se réaliser des effets sur la concurrence et sur les prix.

4° Dans tous les cas, le recours au but que visaient les membres de l'entente est inutile pour la qualification de celle-ci. Les mobiles sont indifférents.

Il faut alors déterminer les effets que les textes ont retenus pour caractériser les ententes économiques.

CHAPITRE II

RECHERCHE D'UNE DEFINITION FONDEE SUR LES EFFETS DE L'ENTENTE

150. — Trois sortes d'effets ont été utilisés pour caractériser les ententes économiques. L'article 419 se réfère à la « hausse ou la baisse artificielle du prix des denrées ou marchandises ». L'article 59 *bis* de l'ordonnance relative aux prix vise « l'entrave au plein exercice de la concurrence en faisant obstacle à l'abaissement des prix de revient ou de vente, ou en favorisant une hausse artificielle des prix ». L'article 65 CECA concerne les accords qui tendraient à « empêcher, restreindre ou fausser le jeu normal de la concurrence ». Quant à l'article 85 CEE, il s'applique à ceux « qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun ».

Le résultat immédiat de l'entente est d'imposer à ses membres un certain comportement dans leur activité économique. La question qui se pose est donc de savoir *quels sont les comportements qui peuvent entraîner les effets prévus par les textes*. On s'aperçoit qu'une étude théorique du problème s'avère extrêmement difficile, sinon impossible, et cela pour deux raisons.

En premier lieu, si la hausse ou la baisse des prix sont des concepts clairs, il n'en va plus de même en ce qui concerne l'atteinte au commerce entre Etats, ni surtout en ce qui concerne l'entrave au jeu de la concurrence. La notion même de concurrence est discutée. S'agit-il de la concurrence idéale ou parfaite ? De la concurrence effectivement possible, la « workable competition » du droit américain ? S'agit-il du concept plus réaliste de concurrence imparfaite, notion diverse et contingente, étroitement dépendante des structures des différents marchés ? Les textes sont muets sur ce point et il est difficile, dans l'interprétation théorique, de dépasser le stade des généralités.

En second lieu, cette difficulté s'accroît lorsqu'il s'agit de savoir non pas quels comportements ont entravé la concurrence ou bien ont provoqué une hausse des prix, mais quels sont les comportements qui sont *susceptibles* d'entraver la concurrence ou de provoquer une hausse des prix. Compte tenu de la complexité des lois économiques, l'opération intellectuelle qu'impose le législateur à l'interprète s'avère

extrêmement délicate. Est-il même possible de formuler des réponses *a priori* à ce problème ? On est tenté de répondre qu'il y a là une série de problèmes d'espèces et que seules les circonstances de fait, spécialement la structure et les tendances propres au marché sur lequel s'exerce telle ou telle entente particulière, peuvent légitimer une réponse.

151. — On conçoit en tout cas qu'une réponse au problème posé ne puisse être formulée qu'à la suite d'une étude des cas concrets qui ont été soumis aux tribunaux et aux autorités administratives. Seule l'analyse de la jurisprudence et de la pratique permettra de déterminer quels sont les comportements qui peuvent avoir des effets sur la concurrence, sur les prix ou sur le commerce entre Etats.

SECTION 1

LES EFFETS DE L'ENTENTE EN DROIT INTERNE

152. — Il est remarquable que, en opposition sur ce point avec ses homologues étrangers, le droit français de la concurrence se soit toujours trouvé en relation avec un système de protection des prix. Les raisons de cette dualité sont différentes, semble-t-il, suivant qu'il s'agit de l'article 419 du Code pénal ou des articles 59 *bis* et suivants de l'ordonnance 45-1483. Dans le texte de l'article 419, la référence à la hausse ou à la baisse des prix semble avoir la valeur d'un critère révélant une atteinte portée aux conditions de la concurrence. Dans l'article 59 *bis* de l'ordonnance 45-1483, elle traduit de la part des rédacteurs l'intention de créer une nouvelle arme de lutte contre le mouvement des prix. Il reste à savoir si la mise en œuvre des deux textes a répondu aux attentes des législateurs.

§ 1. — *La jurisprudence rendue à propos de l'article 419 du Code pénal*

153. — Dans la théorie économique du début du XIX^e siècle, la concurrence — le libre jeu de l'offre et de la demande — expliquait la formation des prix ; les deux phénomènes étaient intimement liés, de telle sorte qu'en théorie pure, *toute altération des conditions de concurrence devait entraîner une altération des prix*. Ainsi, une baisse ou une hausse anormale pouvait passer pour le sûr critère d'une atteinte aux conditions naturelles de la concurrence. L'article 419 du Code pénal, dans sa rédaction de 1810, punissait ceux qui, par des faits faux ou calomnieux semés à dessein dans le public, par des suroffres, par coalition ou par des moyens frauduleux quelconques, opéraient la hausse ou la baisse des prix « au-dessus ou au-dessous des prix qu'aurait déterminés la concurrence naturelle et libre du commerce ». Et la Cour de cassation pouvait affirmer que le texte pénal s'appliquait

à tout ce qui a « un prix courant déterminé par la libre et naturelle concurrence du trafic dont il s'agit » (1). Il semblait parfaitement logique d'associer entrave à la concurrence et altération des prix; la seconde constituait le signe le plus évident de la première.

Cette conception paraît bien s'être maintenue dans la loi du 3 décembre 1926. L'article 419, dans sa rédaction actuelle, se réfère aux *moyens* employés par les délinquants : action sur le marché par réunion ou coalition; au but poursuivi : un gain qui ne serait pas le résultat du jeu naturel de l'offre et de la demande; à l'objet du délit, enfin : hausse ou baisse artificielle des prix des denrées ou marchandises. L'effet de l'entente est donc une hausse ou une baisse « artificielle ». Que faut-il entendre par là? Selon M. MAZEAUD, l'altération artificielle est celle qui est produite « par un moyen d'exécution anormal », c'est-à-dire en fin de compte par le moyen d'exécution du délit (2). Le mot artificiel n'apporterait donc aucune précision supplémentaire : il ne ferait que rappeler que le prix est la conséquence d'une action sur le marché dans le but de se procurer un gain anormal. Ici encore, l'altération des prix est le signe tangible d'une altération des conditions de la concurrence. Cette opinion trouve du reste un appui sérieux dans les travaux préparatoires de la loi de 1926. Il ne fait aucun doute que dans l'esprit des rédacteurs de la loi toute entente doit avoir pour effet de régler la concurrence et par là-même, d'agir sur les prix. Mais il s'agissait de ne faire tomber sous le coup du nouvel article que les coalitions abusives, celles qui ne visent qu'à la spéculation et au profit exagéré; c'est pour cette raison que l'article 419 ne vise que les ententes dont les membres ont pour but un gain *anormal*. Il est significatif, dans cette vue, de citer les motifs du projet de loi :

« En ce qui concerne les coalitions, le projet qui nous est soumis différencie nettement les coalitions délictueuses dont les caractères sont définis par l'article 419 et les ententes qui, en réglementant la concurrence pour la mettre en harmonie avec les besoins du marché, n'ont en vue que le maintien d'un équilibre normal entre la production et la consommation... »

Il est évident que, dans cette optique, toutes les ententes se caractérisent par la substitution d'un ordre économique d'origine contractuelle à une concurrence naturelle, c'est-à-dire fondée sur la liberté d'action. C'est en cela que les mouvements de prix qu'elles provoquent peuvent être qualifiés d'artificiels. A la différence du texte ancien, l'article 419 nouveau ne s'applique qu'aux ententes conçues dans le but de réaliser des bénéfices exagérés. Ainsi, la conception même de l'entente n'a pas fondamentalement évolué depuis 1810, seul s'est trouvé modifié le sentiment de défiance que l'on manifestait à leur encon-

(1) Cass. crim. 9 déc. 1836 : *S.* 1936, 1, 881.

(2) *Le régime juridique des ententes... op. cit.*, p. 123.

tre (3). La hausse ou la baisse artificielle des prix continue d'apparaître comme le signe d'une altération de la concurrence.

154. — On conçoit alors pourquoi l'application de l'article 419 a toujours requis de la part du juge une double constatation : effet que l'entente entraîne ou peut entraîner sur les prix d'une part; atteinte que l'entente porte ou a pour objet de porter à la concurrence. Bien que les termes de la loi n'aient jamais imposé expressément au juge de procéder à la seconde constatation, il y est toujours logiquement entraîné, lorsqu'il veut motiver sa décision.

Dans l'article 419, ancienne rédaction, une fois prouvée la hausse ou la baisse des prix, il fallait établir : premièrement, que cette hausse ou cette baisse était imputable à l'activité de l'entente; deuxièmement, que le prix nouveau était différent du prix théorique tel que l'aurait déterminé la « concurrence naturelle et libre du commerce », nous dirions aujourd'hui le prix d'équilibre du marché. Or, les tribunaux résolvaient cette double question en montrant que l'entente avait modifié, plus ou moins profondément, les conditions du marché, et, spécialement, qu'elle avait faussé la concurrence.

Depuis la loi du 3 décembre 1926, le problème se pose en des termes peu différents : l'entente est caractérisée par une action sur le marché, ayant pour objet une hausse ou une baisse artificielle des prix. Cela revient à montrer, dans la généralité des cas, que l'entente une fois mise en œuvre, a pour effet de modifier à tel point les conditions du marché, qu'il doit en découler normalement une modification des cours. Il appartient donc encore au juge d'établir que l'entente fausse la concurrence sur le marché.

Il est dès lors d'un grand intérêt de rechercher dans quels cas les tribunaux ont pu décider que les pratiques restrictives de concurrence expliquaient, ou laissaient prévoir, un mouvement des prix sur un marché donné. L'examen de la jurisprudence montre que tous ces cas peuvent être regroupés autour de deux idées.

1° Une première série d'arrêts concerne des ententes qui, par l'union qu'elles réalisent, cherchent à procurer à leurs membres une position économique favorable : ou bien elles imposent un tarif de

(3) En fait, comme l'a remarqué très justement TCHERNOFF (*Ententes économiques...* précit., p. 297 et s.), il est absolument nécessaire de se référer aux travaux préparatoires pour aboutir à une telle interprétation du texte. Le terme de « gain anormal » a été abandonné au cours de la discussion, au profit de l'expression « gain qui ne serait pas le résultat du jeu naturel de l'offre et de la demande ». Une interprétation grammaticale du texte conduirait à lui donner un champ d'application bien plus vaste que celui qu'ont voulu lui conférer les rédacteurs. Il est évident, en effet, que toutes les ententes ont pour but de réaliser ou de maintenir un certain profit en agissant sur les conditions de la concurrence. Le texte offrait la possibilité d'une lutte sévère contre toutes les ententes. Sous le bénéfice de cette remarque, certains auteurs ont pu trouver surprenante la création d'un texte nouveau, l'art. 59 bis de l'ordonnance 45-1483 qui semblait faire double emploi avec l'ancien (MESTRE, *Ententes économiques et projets de lois* : G. P. 1952, 1, doctr. 58; — A. TOULEMON, *Le décret-loi du 9 août 1953 relatif au maintien ou au rétablissement de la libre concurrence industrielle ou commerciale* : Rev. trim. dr. com. 1954, p. 269).

vente commun, ou bien elles groupent, sous des modalités diverses, la vente de la production des adhérents, de sorte que le nombre des offreurs sur le marché se trouve sensiblement modifié. Ces ententes sont, peut-on dire, à tendance monopolistique.

2° Une deuxième série d'arrêts concerne des ententes qui, sans viser à la domination d'un marché, sont dirigées directement contre des industriels ou des commerçants étrangers au groupement.

Il convient de reprendre tour à tour ces deux rubriques.

A. — Les ententes à tendance monopolistique

On distinguera d'une part les ententes les plus caractérisées, celles qui ont pour objet la fixation des prix et, d'autre part, celles qui tendent à concentrer l'offre entre les mains d'un intermédiaire unique.

1° ENTENTES AYANT POUR OBJET DE FIXER LES PRIX CONSENTIS PAR LES ADHÉRENTS

155. — Il semble que dans ce cas la pratique soit suffisamment caractérisée pour ne pas souffrir de discussion : on se trouve bien en présence d'une entrave à la concurrence — puisque les adhérents renoncent à lutter entre eux sur le terrain des prix — et en présence d'un effet sur des prix. Ici, les deux phénomènes sont en outre concomitants, hypothèse exceptionnelle, de sorte que leur constatation ne devrait poser aucun problème grave.

Avant 1926, de telles ententes devaient, semble-t-il, tomber automatiquement sous le coup de l'article 419. D'autant plus que le texte visait alors expressément les coalitions conclues entre les principaux détenteurs d'une même marchandise et tendant à ne pas la vendre ou à *ne la vendre qu'à un certain prix*. Le principe en avait été admis par la Cour de cassation en 1845. Rejetant le pourvoi contre un arrêt de la Cour de Bordeaux qui avait condamné vingt-quatre assureurs de la place pour avoir convenu de fixer chaque mois en commun le tarif minimum des primes, la haute juridiction avait admis que l'entente avait opéré la hausse du taux des primes d'assurances au-dessus de celui qu'aurait déterminé sur la place de Bordeaux la concurrence naturelle et libre du commerce (4). Le même principe devait être réaffirmé en 1916, lorsque la Chambre criminelle estima qu'était légalement fondée la décision par laquelle une Cour d'appel avait appliqué l'article 419 à un syndicat de laitiers, pour avoir relevé brutalement et arbitrairement les prix. Selon l'arrêt, il était nécessaire mais il suffisait « que la réunion ou la coalition ait eu pour objet et pour résultat de ne vendre cette marchandise qu'à un certain prix » (5).

(4) Bordeaux 9 juill. 1844; — Cass. crim. 16 mai 1845 : *S.* 1845, 1, 434; *D. P.* 1845, 1, 289, consultation de RAVEZ.

(5) Cass. crim. 14 déc. 1916 : *S.* 1917, 1, 65, note Roux; *G. P.* 1916-1917, 407.

156. — On est donc assez surpris de trouver en face de cette claire application du texte pénal, une résistance des Cours d'appel et de la Chambre civile de la Cour de cassation elle-même. En 1908, la Cour de Paris refuse d'annuler le contrat par lequel plusieurs entrepreneurs s'étaient soumis à un barème de prix. Reprenant les motifs des premiers juges, l'arrêt estime que les entrepreneurs n'ont pas eu pour but une coalition illicite et que l'article 419 ne saurait être invoqué en l'espèce car, à côté de l'entente, il existait d'autres fabricants demeurés libres de leur offre (6). Plus net encore, l'arrêt de la Chambre des requêtes du 3 mai 1911 qui rejette le pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour de Paris validant une entente de fixation des prix. Selon la Cour de Paris :

« Un groupement entre personnes exerçant une industrie analogue pour obtenir l'unification des prix de fabrication afin d'en empêcher l'avisement ne constitue pas la coalition prévue par l'art. 419 C. pénal. Ces conventions n'ont rien d'illicite ou de contraire à l'ordre public, puisqu'elles ne portent pas atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie et qu'elles ne font pas obstacle à la libre concurrence » (7).

Et selon l'arrêt de la Chambre des requêtes :

« Les sept maisons de polissage et de biseautage de glaces, qui sont parties au procès, s'étaient simplement groupées pour obtenir l'unification des prix de fabrication afin d'en empêcher l'avisement » (8).

Toujours à l'égard d'une fixation de prix minimum par une entente, la Chambre civile déclarera enfin en 1921 que :

« N'est pas contraire à la loi, l'entente dont l'objet est, non de déterminer une hausse factice des prix, mais de faire cesser l'avisement que leur a fait subir la concurrence locale » (9).

Cette jurisprudence des juridictions civiles semblait peu justifiable en face des termes très nets de l'article 419 qui, dans sa rédaction initiale, visait les « coalitions entre les principaux détenteurs d'une même marchandise tendant à ne la revendre qu'à un certain prix ». En réalité, et quoique les motifs des arrêts soient souvent laconiques, il est permis de penser que la jurisprudence avait fait porter son effort d'interprétation sur le second élément constitutif du délit, l'objet de la coalition, c'est-à-dire : la hausse des prix au-dessus de ceux qu'aurait déterminés la concurrence naturelle et libre du commerce. Il est clair que dès la fin du XIX^e siècle, la concurrence n'apparaissait plus pour la jurisprudence comme un modèle idéal, dans lequel un grand nombre d'offres parfaitement indépendants s'opposeraient entre eux et se trouveraient en face d'un grand nombre d'acheteurs, également indépendants. Même limitée par des restrictions conventionnelles allant

(6) Paris 7 mai 1908 : *D. P.* 1910, 2, 337.

(7) Paris 16 mai 1910 : *D. P.* 1913, 5, 2.

(8) Cass. req. 3 mai 1911 : *D. P.* 1912, 1, 33, rapport JAFFART, note PERCEU; *S.* 1911, 1, 549.

(9) Cass. civ. 26 oct. 1921 : *D. P.* 1925, 1, 120; *G. P.* 1921, 2, 533.

jusqu'à la fixation des prix, la concurrence reste « naturelle » au sens de l'article 419, pourvu que ces restrictions n'aboutissent pas à la création d'un monopole quasi absolu sur le marché en cause (10). Le prix fixé par voie d'entente constituait bien l'expression de la limitation de concurrence que consentaient les adhérents; il n'en demeurait pas moins soumis à la concurrence « naturelle » du marché. Et l'opposition entre les juridictions civiles et pénales pouvait s'expliquer par cette circonstance que les parquets n'intentaient de poursuites qu'à l'égard des ententes les plus dangereuses pour l'ordre public, celles qui exerçaient une véritable domination sur le marché.

157. — C'est cette tendance qui a prévalu après 1926. Ayant à appliquer un texte d'allure beaucoup plus souple, les juridictions pénales ont pu affirmer que le prix fixé par barème n'était « artificiel » que lorsqu'il résultait d'une entente capable de se rendre maîtresse de l'offre globale. Le 1^{er} mai 1931, la Chambre criminelle de la Cour de cassation rejette le pourvoi introduit contre un arrêt de la Cour de Lyon qui avait appliqué les peines de l'article 419 à un certain nombre de commissionnaires en primeurs. En l'espèce, les contrevenants qui exerçaient un véritable monopole de fait — selon l'expression employée par les juges du fond — avaient arbitrairement décidé une élévation de leurs prix. Cette élévation constituait-elle une hausse artificielle? La Chambre criminelle répond affirmativement à cette question, car « cette augmentation qui ne correspondait à aucune charge nouvelle avait eu pour conséquence de provoquer automatiquement sur les divers marchés de Lyon une hausse des prix au-dessus de ceux qu'aurait déterminés la concurrence » (11).

Le 6 novembre 1940, la même Chambre criminelle refuse de casser un arrêt de la Cour de Colmar appliquant l'article 419 aux membres d'une coopérative de producteurs de lait. L'arrêt avait pu valablement estimer qu'il y avait eu action sur le marché en vue de déterminer une hausse artificielle, car il avait pris soin de préciser que la coopérative disposait d'un monopole de fait (12). Que signifie cette motivation, sinon que la hausse qu'exige l'article 419 n'est pas la hausse des prix consentis par les membres de l'entente et qui se trouve exprimée dans le barème, mais celle qui, provoquée par l'entente, affecte le *niveau des prix sur l'ensemble du marché*? Ainsi cette jurisprudence nous fournit une indication précieuse; elle nous permet de comprendre quelle est l'idée de concurrence que, selon les tribunaux, l'article 419 tend à sauvegarder. La hausse n'est pas artificielle lorsqu'elle résulte d'une limitation de concurrence entre les adhérents, mais seulement lorsqu'elle est la conséquence d'une paralysie de la

(10) Dans son ouvrage, *Le problème des unions de producteurs*, précit., le Professeur L. MAZEAUD avait parfaitement mis en lumière la possibilité d'interpréter le mot « naturel » dans ce dernier sens (p. 239 et s. — V. également, *Le régime juridique des ententes...* précit., p. 152 et s.).

(11) Cass. crim. 1^{er} mai 1931 : *D. H.* 1931, 350.

(12) Cass. crim. 6 nov. 1940 : *G. P.* 1940, 2, 209.

concurrence sur l'ensemble du marché. C'est la même tendance qui apparaît en jurisprudence, à l'égard des ententes ayant pour objet de centraliser les ventes.

2° ENTENTES AYANT POUR OBJET DE CONCENTRER L'OFFRE
ENTRE LES MAINS D'UN INTERMÉDIAIRE UNIQUE

158. — A première vue, l'application du texte pénal semblait ici plus délicate que dans le cas d'une fixation des prix, mesure plus radicale. Des difficultés pouvaient en effet s'élever dans deux cas. En premier lieu, devant les juridictions pénales : à supposer la hausse ou la baisse constatées, à quelles conditions pouvait-on imputer cette altération des prix au pouvoir détenu par l'entente ? En second lieu, lorsque l'on demandait, devant les juridictions civiles, la nullité de l'entente, comme tendant à constituer le délit de l'article 419, la hausse ou la baisse n'avaient plus à être prouvées et le débat se situait sur l'unique terrain de la *cause* de la convention. Dans quels cas pouvait-on dire, en toute certitude, que la concentration des ventes devait entraîner une altération des prix ?

Aujourd'hui, ces deux difficultés continuent d'exister; la seconde présente même un intérêt accru, puisqu'elle peut se poser devant les juridictions tant pénales que civiles. En outre, la solution apportée par la jurisprudence présente d'autant plus d'intérêt que les juges disposent d'une liberté d'appréciation accrue, n'étant plus liés par l'ancienne référence aux « principaux détenteurs ».

En jurisprudence, il s'agissait de savoir si l'on allait conclure dans le sens de l'imputation de l'altération des prix à l'entente, dès que des indices suffisamment sérieux rendraient vraisemblable que la concentration des ventes avait perturbé les conditions de concurrence. Au cours du XIX^e siècle, la Cour de cassation fit preuve d'un sentiment de défiance très net à l'égard des ententes à tendance monopolistique en admettant facilement que ces ententes perturbaient suffisamment les conditions du marché pour entraîner une hausse des prix.

En 1838, la Chambre criminelle rejette le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'Aix, qui avait condamné pénalement les fabricants de soude approvisionnant la place de Marseille (13). Ceux-ci avaient décidé d'écouler toute leur production par l'intermédiaire d'un consignataire unique. Ils s'étaient entendu en outre pour racheter des fabriques qui n'étaient plus en activité. Après avoir relevé que l'entente tendait à ne vendre qu'à certaines conditions, la haute juridiction décidait qu'elle avait eu pour résultat « de produire une hausse soudaine et énorme qui ne se serait certainement pas produite si l'on fût resté dans les conditions de la libre et naturelle concurrence du commerce ».

(13) Aix 27 juin 1838; — Cass. crim. 31 août 1838 : *S.* 1938, 1, 987.

Dans l'affaire dont eut à connaître la Chambre des requêtes en 1851, le problème se posait au regard de la nullité civile de l'entente : on objectait que si, en fait, la coalition avait eu pour effet une hausse des prix, il n'était nullement prouvé en revanche que les adhérents aient eu cette hausse en vue lorsqu'ils s'étaient groupés. Ces commerçants avaient obtenu par leur union un véritable monopole et les prix étaient arrivés à une valeur quelquefois quintuple de leur valeur primitive, mais il n'était pas prouvé que la coalition avait pour but de ne vendre qu'à un certain prix : sa cause n'était pas illicite. La Chambre des requêtes estima cependant légalement justifiée la décision des juges du fond, au motif que l'intention de ne vendre qu'à un certain prix était « implicitement et nécessairement renfermée dans le but illicite que l'arrêt assignait à cette coalition » (14). En outre, ajoutait la Cour, le monopole ainsi créé s'analysait en un moyen frauduleux, ce qui rendait inévitable la nullité de l'entente.

C'est dans la même ligne générale que se situe l'arrêt de la Chambre des requêtes du 11 février 1879, rendu à propos de l'importante affaire de l'Union française des fabricants d'iode (15). Cet organisme avait pour objet la vente en commun de l'ensemble de la production des adhérents, par l'intermédiaire de commissionnaires dont il se réservait le choix. Un membre dissident de l'entente demandait la nullité de l'Union, pour cause illicite. Le 16 août 1877, la Cour de Rennes (16) faisait droit à la demande. D'une part, elle admettait, conformément à la théorie de la cause, que la preuve d'une hausse effective des prix n'avait pas à être rapportée et que seule importait l'intention de parvenir à cette hausse; d'autre part, elle relevait qu'« en groupant ainsi, dans un unique faisceau, les principaux et peut-être tous les fabricants d'iode, les traités de 1870 et 1871 ne laissaient plus, à vrai dire, sur le marché, qu'un seul acheteur de matières premières, un seul vendeur de produits fabriqués, d'où la ruine de toute concurrence ». Saisie de l'affaire, la Chambre des requêtes estima que la Cour d'appel avait fait une juste application des articles 1133 du Code civil et 419 du Code pénal.

Ainsi, cette jurisprudence semblait ouvrir la voie à un contrôle assez strict des ententes qui visent au monopole par la concentration des ventes et dont l'entente avec comptoir constitue le modèle le plus achevé. Certes, la répression pénale restait toujours subordonnée à la constatation d'une altération effective des prix, mais la voie de la nullité civile semblait largement ouverte. En réalité, les Cours d'appel ne devaient pas suivre cette voie. De son côté, la Cour de cassation ne trouva plus l'occasion d'affirmer sa position, sinon à l'occasion d'espèces tout à fait particulières.

159. — Le courant dominant, dans la jurisprudence des Cours d'appel, va en effet dans le sens d'un refus d'appliquer l'article 419

(14) Cass. req. 2 avril 1851 : *D. P.* 1854, 5, 119, V° Coalition.

(15) *D. P.* 1879, 1, 348; *S.* 1879, 1, 198.

(16) Sous Cass. req. 11 fév. 1879, précité.

aux ententes à tendance monopolistique. Ce refus s'est du reste manifesté sur deux plans distincts.

En premier lieu, les arrêts ont entendu d'une manière étroite l'imputation d'une hausse des prix à l'activité d'une entente. Pour ces arrêts, la concentration des ventes est en soi un motif insuffisant, tant que les adhérents restent maîtres de leurs prix, ce qui se produit lorsque les commerçants s'engagent à livrer toute leur production à un intermédiaire unique. On fait en effet valoir que ces commerçants demeurent libres de livrer au prix qui leur convient. Seulement, c'est ignorer que l'intermédiaire en question risque fort de se trouver maître de l'offre sur le marché. C'est du reste ce qu'escomptent les membres de l'entente, et il est vraisemblable qu'ils espèrent en tirer indirectement quelque profit. Néanmoins, en 1848 déjà, la Cour de Lyon avait refusé d'annuler une entente par laquelle des fabricants d'extrait de châtaignier s'engageaient à livrer à un consignataire unique. Pour la Cour, chaque fabricant restait libre du prix de ses marchandises (17). Mais c'est dans l'affaire de la Société des métaux que cette tendance allait trouver son plus bel exemple. Sans revenir sur les faits, préalablement exposés (18), il suffit de noter que la Cour de Paris, après avoir admis l'existence de l'entente, refusa d'appliquer l'article 419, au motif qu'il était impossible de prouver que l'accord tendait à ne pas vendre : la présomption que Secrétan, maître du marché, hausserait les cours ne suffisait pas. Cette décision était d'autant plus surprenante qu'en fait, la spéculation s'était produite, les cours passant en deux mois de 38 à 80 livres sterling (19).

En second lieu, les arrêts ont limité, dans toute la mesure du possible, la notion de monopole ou de domination du marché, de sorte que dans la plupart des cas ils ont validé des ententes de vente en commun. En 1891, à l'égard d'une entente groupant les principaux producteurs de phosphate du département de la Somme, la Cour de Paris estime que le syndicat de vente ne réunissait qu'une partie des phosphatiers et que l'on ne peut articuler à sa charge aucune tentative d'accaparement (20). En 1894, la Cour de Grenoble valide un cartel de vente sous forme de société : « Les parties avaient eu pour but non de surélever le cours de leurs produits en leur attribuant une hausse factice, mais d'empêcher leur avilissement en atténuant les ardeurs et les effets de la concurrence locale » (21). De même, la Cour d'Aix, le 15 juin 1912, refuse d'annuler une entente avec comptoir qui tendait

(17) Lyon 18 nov. 1848 : *D. P.* 1849, 2, 69; *S.* 1849, 2, 78. La décision est d'autant plus significative que les premiers juges avaient constaté que les adhérents, « par ce monopole », avaient mis les acquéreurs sous leur dépendance absolue ».

(18) *V. supra*, n° 96 (Paris 5 août 1890, sous Cass. crim. 24 avril 1891 : *D. P.* 1893, 1, 49).

(19) Il est juste cependant de remarquer que la nullité de l'entente fut prononcée par la même Cour, le 18 décembre 1890 (*G. P.* 1890, 2, 716); mais parce qu'elle portait atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

(20) Paris 14 avril 1891 : *D. P.* 1893, 2, 69.

(21) Grenoble 1^{er} mai 1894 : *D. P.* 1894, 2, 221.

à concentrer toute l'importation du soufre; selon l'arrêt on ne pouvait pas déduire, au vu des statuts, que la société avait pour but d'accaparer la totalité du soufre importé afin de créer à son gré les cours (22).

Il semblait donc que la Cour de Bordeaux allait à contre-courant lorsqu'en 1900, elle prononçait l'annulation de l'entente de vente en commun des producteurs de chaux de Saint-Astier. En réalité, il n'en était rien. D'une part, le jugement de première instance avait mis en évidence l'existence d'un monopole parfaitement caractérisé, puisqu'il établissait que « la vente de toute la chaux de Saint-Astier eût été dans une seule main si, quelque temps après, une autre usine n'était venue s'installer... »; d'autre part, la Cour, se plaçant sur le terrain de la liberté du commerce, se prononçait pour le motif que l'entente tendait à empêcher l'établissement de nouveaux concurrents (23).

160. — Après la réforme de l'article 419 par la loi du 3 décembre 1926, et malgré l'initiative accrue qui en résultait pour les tribunaux, les ententes à tendance monopolistique ne sont pratiquement jamais tombées sous le coup de la disposition pénale. Dans la seule affaire présentant quelque importance, la nullité civile a été refusée. Il s'agissait d'un comptoir de vente qui réunissait vingt-sept poteries, sur les trente-trois que comptait Vallauris. La Cour d'Aix validait l'union car celle-ci ne constituait qu'une entente purement *locale* dont le but n'était pas d'exercer une pression sur le marché, mais de pallier les effets d'une concurrence ardente : elle ne constituait pas un syndicat d'accaparement poursuivant une hausse artificielle (24). De son côté, la Cour de cassation n'a jamais été vraiment saisie d'un cas d'entente avec concentration des ventes ou des achats. Une seule fois, en 1930, elle a eu l'occasion de se prononcer en estimant justifiée l'application de l'article 419 à des détaillants qui avaient tenté de louer toutes les boulangeries d'une même ville. On se trouvait en présence d'une tentative d'accaparement que l'étroitesse des dimensions du marché rendait parfaitement caractérisée (25).

161. — En définitive, l'application de l'article 419 du Code pénal aux ententes à tendance monopolistique a été soumise, par la jurisprudence à des conditions très strictes. Le texte rendait possible, surtout après 1926, la répression d'un nombre étendu d'ententes. C'est dans cette voie que la Cour de cassation s'était engagée dès le début du *xix*^e siècle. En face de la résistance des cours d'appel, et par suite du mouvement des idées, elle a fini par se rallier à l'interprétation la plus restrictive du texte pénal. Dans la mesure où la preuve d'une atteinte à la concurrence est rendue nécessaire pour appliquer celui-ci aux ententes qui ont pour objet de fixer les prix

(22) Aix 15 juin 1912 : *G. P.* 1912, 2, 106.

(23) Trib. com. Périgueux 2 juin 1899; Bordeaux 2 janv. 1900 : *S.* 1901, 2, 225, note LÉVY-ULLMANN; *D. P.* 1901, 2, 150.

(24) Aix 19 avril 1928 : *D. P.* 1930, 2, 17, note PIC.

(25) Cass. crim. 8 mars 1930 : *D. H.* 1930, 301.

ou de concentrer les ventes, les tribunaux ne prennent en considération que des atteintes particulièrement graves.

1° Le prix qui a été altéré ou qui a été maintenu à un niveau artificiel doit être le prix sur l'ensemble du marché en cause.

2° L'atteinte portée aux conditions de la concurrence, susceptible de faire imputer la hausse ou la baisse à l'existence de l'entente, n'est pas constituée par une simple modification des conditions de l'offre ou de la demande, mais par la création d'un pouvoir de monopole quasi absolu.

On s'explique, dans ces conditions, que les ententes de type perfectionné, et en particulier les ententes avec comptoir, ne soient jamais tombées, pratiquement, sous le coup de l'article 419.

Il est alors surprenant de constater que les mêmes notions — altération des prix et atteinte à la concurrence — ont fait l'objet d'une interprétation radicalement différente lorsqu'il s'est agi de réprimer les ententes dirigées contre des tiers. C'est alors la tendance extensive qui l'a emporté.

B. — Les ententes dirigées contre des tiers

162. — Les espèces font ressortir l'existence de deux sortes d'ententes dirigées contre des tiers. Les unes, les plus caractérisées, tendent à éliminer purement et simplement un concurrent du marché par des manœuvres qui, bien souvent, revêtent un caractère frauduleux. On est alors très proche des faits de concurrence déloyale. Les autres, sans viser à la suppression pure et simple d'une entreprise étrangère au groupement, tentent de l'affaiblir en la soumettant à des conditions commerciales défavorables : on est en face d'une discrimination.

Dans ces deux cas, on peut s'interroger sur la possibilité d'appliquer l'article 419 du Code pénal. A moins d'admettre largement un lien de causalité entre le traitement discriminatoire et une altération hypothétique des prix, il peut sembler difficile de retenir l'application du texte. Or, la jurisprudence relative aux ententes à tendance monopolistique ne milite pas en faveur de cette admission, puisqu'elle aboutit à considérer que, tant qu'une entente ne détient pas un monopole absolu, les prix ne peuvent pas être considérés comme artificiels.

En fait le problème s'est posé à l'occasion de deux situations différentes. Dans certains cas, l'entente lutte contre un concurrent par une baisse momentanée — pratique dite de l'« underselling » — destinée à obliger l'entreprise tierce à se retirer du marché. Dans d'autres cas, les manœuvres contre une entreprise ou les faits de discrimination consistent à *fixer les prix* consentis à cette entreprise, prix qui seront supérieurs à ceux qui sont consentis aux membres de l'entente. Pour que la manœuvre soit possible, il faut soit que l'entente lutte contre une entreprise située à un niveau inférieur dans la hiérarchie production-distribution, soit qu'elle lutte contre une entre-

prise de même niveau, mais en s'assurant la complicité d'entreprises de niveau plus élevé. On objectera alors que, dans les deux cas, le prix fixé n'affecte que certaines opérations déterminées et qu'il ne constitue pas le prix d'équilibre du marché.

Or, c'est dans une hypothèse de ce genre, que la Cour de cassation avait admis, dès 1837, qu'au regard de l'article 419, la hausse ou la baisse n'a pas à être générale et qu'il suffit qu'elle intéresse une opération commerciale déterminée (26). Les motifs de l'arrêt méritent d'être retenus :

« Attendu — disait la Cour — en droit, que l'art. 419 C. pén. ne protège pas seulement les intérêts généraux ou des masses qui ont eu à souffrir d'une coalition, mais aussi les intérêts privés qu'une coalition a pour objet de léser lorsqu'elle a produit la hausse ou la baisse des denrées ou marchandises au-dessus ou au-dessous du prix qu'aurait déterminé la concurrence naturelle et libre du commerce... »

Il est vrai que la Cour statuait à propos d'un moyen particulier de commission du délit : des voies frauduleuses quelconques. Mais, outre que les termes de ses attendus sont très généraux, on relèvera que tout l'effort de la jurisprudence a justement consisté à montrer que toute l'entente dirigée contre des tiers avait un caractère frauduleux.

163. — Les ententes qui visent à l'élimination pure et simple d'une entreprise tierce se sont manifestées sous deux formes. Au début du XIX^e siècle, les tribunaux ont eu à connaître à plusieurs reprises des pratiques concertées consistant en une baisse brutale et provisoire des prix, dont la charge était supportée en commun mais à laquelle le concurrent visé était incapable de faire face (27). Dans tous ces cas, l'article 419 a reçu application et il se dégage très clairement de la jurisprudence de cette époque que l'on concevait la disposition pénale comme destinée essentiellement à réprimer les ententes de ce genre. Particulièrement clairs à cet égard sont les termes de l'arrêt de la Cour royale de Toulouse du 13 juin 1837 (28) « en parlant d'une coalition, l'article 419 a prévu que deux ou plusieurs individus se concerteraient pour lutter contre un autre concurrent... », et plus loin, l'arrêt vise les coalitions qui sont créées « dans le but de détruire des établissements rivaux ». Dès ses premières applications, l'article 419 apparaissait, on a eu l'occasion de le souligner déjà, non comme un instrument de lutte contre des accaparements grossiers mais plutôt comme la garantie du principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

Cette idée se retrouve encore dans quelques arrêts qui, à une

(26) Cass. crim. 7 janv. 1837 : *S.* 1837, 1, 27.

(27) Paris 29 août 1833 : *S.* 1834, 1, 61; — Cass. crim. 9 déc. 1836 : *S.* 1836, 1, 881; — Paris 16 mai 1839 et Cass. crim. 9 août 1839 : *S.* 1839, 1, 721; — Paris 17 mai 1850 : *S.* 1850, 2, 383; *D.P.* 1850, 2, 122.

(28) Sous Cass. crim. 26 janv. 1838 : *S.* 1838, 1, 241.

époque relativement plus récente, ont appliqué le texte à des ententes dont le caractère était nettement dolosif. C'est ainsi que la Cour de Lyon, le 7 mars 1934, eut à juger le *Syndicat central de défense du commerce*. Les dirigeants du syndicat avaient entrepris une campagne de lutte contre les groupements de consommateurs par l'édition de brochures et l'organisation de réunions. Ils avaient également délivré aux représentants de commerce une carte accreditative, contre leur engagement de ne pas traiter avec les groupements visés. La Cour applique aux dirigeants les sanctions de l'article 419, « attendu, disait-elle, que le commerce est libre en France,... que la loi supérieure qui règle tous ces rapports (du commerce) est celle de l'offre et de la demande, qu'il y a un intérêt suprême pour la collectivité à empêcher qu'elle ne soit faussée et que le jeu entre toutes ces personnes se pratique loyalement » (29). Saisie à son tour, la Cour de cassation rejetait le pourvoi, car les dirigeants du syndicat « en essayant par leurs menaces de supprimer les groupements d'achat de consommateurs lyonnais, comptaient faire disparaître sur le marché les conséquences de leur présence, laquelle tendait fatalement à provoquer la baisse du prix de vente ou tout au moins à freiner la hausse » (30).

164. — Les arrêts relatifs à des faits de discrimination font preuve de la même sévérité. Dès 1850, un arrêt de la Cour de cassation avait posé les bases de cette jurisprudence à propos d'une espèce particulièrement caractéristique. Un certain nombre de négociants de Boulogne avaient passé avec trois capitaines de navire un contrat par lequel ils leur consentaient une exclusivité de transport de leurs marchandises entre Bordeaux et Boulogne. En contrepartie, le fret était fixé à 28 F la tonne, à leur égard, contre 35 F à l'égard des négociants n'appartenant pas à l'entente. Pour la Cour de cassation, cela suffisait à prouver la hausse des prix; mais le prix de 35 F était-il « au-dessus de celui qu'avait déterminé la libre et naturelle concurrence » ? La Cour l'affirmait en se fondant sur le fait que la concurrence n'existait pas entre les chargeurs : sans doute avaient-ils la possibilité de s'adresser à d'autres transporteurs, mais sans y trouver des avantages analogues à ceux dont bénéficiaient les membres de l'entente. Ils se trouvaient en infériorité concurrentielle sur la place de Boulogne, point d'arrivée des marchandises. Pour cette raison, le Tribunal de commerce avait parfaitement justifié l'annulation du contrat d'exclusivité (31).

Le 28 février 1888, la Cour de Paris applique l'article 419 du Code pénal à des négociants en eaux minérales qui avaient décidé d'appliquer un tarif discriminatoire à un détaillant n'appartenant pas à l'entente. Il y avait hausse des prix, car il était prouvé que « le

(29) *G. P.* 1934, 1, 862.

(30) Cass. crim. 11 juin 1937 : *D. P.* 1938, 1, 33, note Pric; *S.* 1938, 1, 398; *G. P.* 1937, 496.

(31) Cass. crim. 26 juin 1850 : *S.* 1850, 1, 726; *D. P.* 1850, 1, 212.

prix de revient de cette marchandise a été plus élevé pour lui que pour ses concurrents » (32). La Cour de Lyon devait faire preuve de la même sévérité à l'occasion d'affaires tout à fait comparables (33).

C'est également pour s'être rendus coupables de manœuvres discriminatoires envers un concurrent que, le 8 décembre 1960, trois négociants de la place de Nancy se virent appliquer les pénalités de l'article 419. En vue de faire obstacle à une baisse des prix pratiquée par un commerçant isolé, ils étaient intervenus auprès de leur transporteur commun en le menaçant de lui retirer leur clientèle s'il ne cessait pas ses expéditions à ce commerçant. La Cour relevait que c'était

« De leur propre aveu, pour parer aux conséquences de cette baisse et éliminer du marché un concurrent dangereux qu'ils ont tenté d'empêcher l'approvisionnement de A... ou du moins de le rendre plus onéreux... Qu'il n'est pas nécessaire pour que le délit soit caractérisé, que les prévenus aient mis A... dans l'impossibilité absolue de s'approvisionner; qu'il suffit qu'ils aient rendu le transport de sa marchandise plus onéreux, plus difficile ou plus long, de telle sorte qu'il se trouve placé dans des conditions défavorables au regard de ses concurrents... (34).

Il convient de souligner que cette jurisprudence trouve sa limite lorsque les faits discriminatoires paraissent justifiés. Il en sera ainsi, semble-t-il, lorsqu'elles ont pour but de répondre à des manœuvres franchement déloyales de la part des concurrents (35) ou bien qu'elles s'adressent à des entreprises qui ne présentent pas les garanties ordinaires dans la qualité du service qu'elles rendent (36).

165. — Il n'est pas de notre propos de prétendre que les faits de discrimination ont été systématiquement réprimés par les tribunaux. Au contraire, on doit se rendre à l'évidence et constater que la jurisprudence est restée sur ce point, et en dépit de l'intérêt que peuvent présenter les décisions, très fragmentaire. Il n'en demeure pas moins que la jurisprudence, dans la mesure où elle a retenu l'application de l'article 419 du Code pénal, a pris peu à peu une orientation très nette. La réforme en 1926 du texte pénal n'a eu au surplus, semble-t-il, aucune incidence sur cette orientation. Le texte est appliqué dans toute sa rigueur aux ententes dont l'objet est d'éliminer des entreprises rivales, non pas seulement en se groupant pour lutter plus efficacement

(32) Paris 28 fév. 1888 : *S.* 1889, 2, 49; *D. P.* 1893, 2, 69.

(33) Lyon 9 mai 1893 : *G. P.*, Tables quinq. 1892-97, V^e Liberté commerciale n° 196; — 21 avril 1896 : *S.* 1896, 2, 164.

(34) Nancy 8 déc. 1960 : *G. P.* 1961, 1, 57.

(35) V. à ce sujet et bien qu'il ne s'agisse pas de l'application de l'art. 419 C. pén., mais du principe de la liberté du commerce, la curieuse affaire tranchée par le tribunal civil de la Seine le 6 janvier 1925 (*D. H.* 1925, 89), illustrant une lutte commerciale entre les éditeurs de musique français et allemands.

(36) P. ex., l'arrêt de la Cour de Toulouse du 2 déc. 1936 (*G. P.* 1937, 1, 139) qui refuse d'appliquer l'art. 419 aux membres d'un syndicat qui s'étaient interdit la vente à des établissements non spécialisés.

sur le marché, mais en se rendant coupables de discrimination ou de manœuvres déloyales.

Il n'est pas inutile de rappeler ici que, dans des circonstances de faits tout à fait analogues à celles qui viennent d'être décrites, certaines ententes ont été condamnées pour violation du principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Ainsi en a-t-il été à propos de la célèbre affaire du journal *L'ami du Peuple*. On sait que les administrateurs et les directeurs de tous les grands quotidiens s'étaient entendus pour lutter contre ce journal, vendu à très bas prix. Ils avaient en particulier signifié à tous les dépositaires de journaux de Paris, et à un certain nombre en province, que leurs journaux ne leur seraient plus livrés s'ils consentaient à vendre *L'ami du Peuple*. Parallèlement, ils décidaient de refuser toute annonce publicitaire à ceux qui en demanderaient à leur concurrent. Saisi d'une demande en dommages-intérêts par le journal *L'ami du Peuple*, le Tribunal de commerce de la Seine condamnait les défendeurs comme s'étant rendus coupables d'actes de concurrence illicite, sinon déloyale (37).

Sur appel, la Cour de Paris confirmait la décision, au motif qu'il y avait eu « détournement du droit syndical ou du droit d'association qui n'a pas pour but de permettre aux entreprises syndicales ou unies de supprimer un concurrent non syndiqué » (38).

On peut faire également état de l'arrêt de la Cour de Poitiers qui, le 2 juillet 1954, a annulé une entente pour cause illicite, « attendu que la liberté du commerce constitue un principe général établi dans l'intérêt de tous, aussi bien des consommateurs que des commerçants et industriels et qu'il ne saurait y être porté atteinte par un groupement professionnel sous forme d'une entente économique, notamment en empêchant un commerçant d'organiser les livraisons de ses marchandises dans des conditions normales... » (39).

166. — Ce rapprochement montre comment, à propos d'espèces semblables, la jurisprudence a pu appliquer aussi bien l'article 419 du

(37) Trib. com. Seine 21 janv. 1929 : *D. H.* 1929, 109.

(38) Paris 9 avril 1930 : *S.* 1930, 2, 116 ; *G. P.* 1930, 1, 928. — V. également Douai 13 juill. 1900 : *S.* 1903, 2, 293 ; *D. P.* 1903, 2, 148 (« Attendu que les coalitions d'industriels et les syndicats qui ont le droit de défendre leurs intérêts par des mesures générales, font de ce droit un usage illégitime en prenant des dispositions applicables à telle ou telle personne individuellement désignée, de façon à nuire et à gêner sa liberté »). — Paris 29 fév. 1936 : *D. H.* 1936, 240 (qui condamne les dirigeants d'une entente à des dommages-intérêts en relevant l'existence de « pressions pour empêcher un industriel de passer des commandes à une maison qui ne fait pas partie d'un groupement parce qu'il a plu aux chefs du cartel de la rejeter sans motifs... »). — Paris 23 juin 1953 : *D.* 1954, 365, note LEAUTÉ ; *S.* 1954, 2, 7 (condamnation à des dommages-intérêts pour mise à l'index d'un non-syndiqué : « Le groupement ne saurait soutenir qu'en décidant cet interdit, il agissait dans l'intérêt professionnel de tous ses membres et pour la défense du marché, alors qu'il ne faisait que céder aux instances de certains d'entre eux pour la protection de leurs intérêts particuliers, distincts en l'espèce des intérêts généraux de la profession, et plus encore de l'intérêt général... »), et sur pourvoi, Cass. civ. 9 mai 1957 : *D.* 1957, 665, note ESMEIN ; *J. C. P.* 57, II, 10120 (le syndicat s'était rendu coupable « en organisant et en dirigeant cette entente collective destinée à empêcher un tiers d'exercer son commerce dans les conditions habituelles »).

(39) Poitiers 2 juill. 1954 : *D.* 1954, 771, note J. L.

Code pénal pour condamner pénalement les responsables, que le principe de la liberté du commerce pour en tirer certaines conséquences civiles : nullité ou condamnation à des dommages-intérêts. Il éclaire considérablement, pensons-nous, l'idée que la jurisprudence s'est faite de la protection de la concurrence lorsqu'elle a mis en cause l'article 419. Les arrêts ont eu tendance à lier étroitement les deux principes de libre concurrence et de liberté du commerce; l'article 419 a été utilisé comme une garantie du principe général de liberté du commerce; le respect de la concurrence s'identifie avec la protection des entrepreneurs contre les agissements de concurrents qui tendent à les éliminer du marché. En revanche, il n'est nullement interdit de porter atteinte à sa propre liberté par des restrictions conventionnelles, pourvu qu'elles ne dépassent pas certaines limites.

167. — On perçoit la différence de traitement dont ont fait l'objet les ententes à tendance monopolistique et les ententes dirigées contre des tiers. Les premières sont apparues comme des restrictions conventionnelles apportées par les entrepreneurs à la concurrence qui existe normalement entre eux. A ce titre, elles ont toujours bénéficié d'un sentiment de faveur et l'article 419 ne leur a été appliqué qu'à une double condition : elles doivent exercer une domination quasi absolue sur le marché — elles doivent être capables de déterminer les prix sur ce marché. A quoi, depuis 1926, s'ajoute une troisième condition : elles doivent avoir pour but de procurer à leurs membres des gains anormaux.

Les secondes, au contraire, portent une atteinte directe à la liberté de faire le commerce qui est reconnue à tout individu. Etant l'objet d'un sentiment de suspicion, les conditions d'application de l'article 419 se trouvent à leur égard considérablement assouplies : — elles portent atteinte à la concurrence par le seul fait qu'elles tendent à nuire à une entreprise rivale, et il n'est nullement nécessaire qu'elles acquièrent la domination d'un marché — le prix qu'elles ont pour objet d'altérer s'entend non pas du prix relatif à l'ensemble du marché, mais de celui qui concerne une opération déterminée.

Ces deux interprétations opposées d'un même article du Code pénal ne laissent pas d'apparaître contradictoires. La contradiction est en tout cas absolument inexplicable, si l'on ne tient pas compte de la distinction que la jurisprudence a faite à l'égard des deux sortes d'ententes économiques. Cette distinction entre les ententes à tendance monopolistique et les ententes dirigées contre des tiers ne s'explique à son tour que si l'on se réfère à un certain schéma de la concurrence : la *possibilité*, en fait, pour tout entrepreneur d'exercer librement, et tant qu'il n'y renonce pas volontairement, un commerce ou une industrie sur un marché donné. Les ententes qui tendent seulement à grouper les forces de leurs adhérents ne mettent fin à cette possibilité que lorsqu'elles acquièrent une domination du marché telle que les entreprises demeurées indépendantes se trouvent à leur merci.

Il ne semble pas en revanche que ce soit à ce concept de la concurrence que se soient ralliés les rédacteurs du décret du 9 août 1953.

§ 2. — Les avis de la Commission technique des ententes rendus à propos de l'article 59 bis de l'ordonnance 45-1483

168. — Comme l'article 419 du Code pénal, l'article 59 bis se réfère à un effet sur les prix mais, semble-t-il, pour des raisons différentes. Avec l'article 37-3°, qui constitue son complément sur le plan pénal, il a été conçu comme une arme dans la lutte que les pouvoirs publics menaient contre la hausse des prix. Les deux dispositions s'inscrivaient dans un contexte de dirigisme économique qui se trouvait en pleine évolution. Le régime des prix libres commençait d'être accordé à des secteurs de plus en plus importants de l'économie, de sorte que les sanctions prévues au titre des pratiques de prix illicites devenaient inadéquates. Il demeurerait pourtant tout aussi nécessaire de continuer à lutter contre les mouvements désordonnés des prix : le législateur complétait en conséquence la rubrique des délits assimilés à la pratique de prix illicites. Ces textes tendent à réprimer des agissements qui, en régime de liberté des prix, provoquent la hausse ou s'opposent à la baisse des cours : prix minimums imposés, refus de vente, ventes jumelées, etc...

C'est dans cette optique assez limitée que le décret du 9 août 1953 a introduit une nouvelle réglementation des ententes. Mais, par ailleurs, l'article 59 bis se réfère à l'effet classique de l'entente : l'entrave à la concurrence. Du reste, les articles 59 bis et s. sont groupés en une section intitulée « *Maintien de la libre concurrence* ». D'où l'équivoque qui pèse sur le texte : il semble que toutes les ententes ne soient pas visées, mais celles-là seulement qui emportent un effet sur les prix. La remarque n'est pas négligeable car, dans les théories économiques modernes, on admet que des modifications, même substantielles, des conditions de concurrence ne se traduisent pas automatiquement par des variations de l'équilibre des prix : les deux ordres de phénomènes tendent à être indépendants l'un de l'autre.

L'article 59 bis contient donc les principes d'une réglementation moderne des ententes, mais en conservant des traits qu'expliquent seules ses origines et dont il reste à savoir jusqu'à quel point les autorités chargées de son application tentent de l'en dégager. Ainsi, après avoir montré comment la Commission technique des ententes a compris l'entrave au plein exercice de la concurrence, nous tenterons de discerner l'importance exacte qu'elle a accordée à la référence que fait l'article 59 bis à une altération des prix.

A. — L'entrave au plein exercice de la concurrence

169. — L'examen des avis rendus par la Commission technique des ententes présente un double intérêt : il conduit à énumérer un certain nombre de pratiques qui, de l'avis de la Commission, tombent sous le

coup de l'article 59 *bis* de l'ordonnance 45-1483 parce qu'elles constituent des entraves à la concurrence; il permet en outre de préciser des concepts aussi vagues que ceux de concurrence et d'entrave à la concurrence.

1° LES PRATIQUES QUI ONT ÉTÉ QUALIFIÉES D'ENTRAVE AU PLEIN EXERCICE DE LA CONCURRENCE

La plupart des affaires dont la Commission a été saisie concernaient soit la détermination par l'entente des prix ou des autres conditions de vente, soit l'allocation de contingents de production. Quelques affaires avaient trait à des contrats d'exclusivité. Il était enfin reproché à une entente de limiter arbitrairement l'entrée dans la profession.

170. — La *fixation des prix* par l'entente peut affecter des modalités diverses. Généralement, cette fixation revêt un certain degré de rigidité : il s'agit alors de prix fixés par barèmes ou par tarifs. Les barèmes sont souvent complétés par une réglementation des ristournes à accorder à la clientèle (40). Dans l'affaire « Fabricants de meules et produits abrasifs agglomérés », les prix minimum sont établis sur la base du prix de revient d'un article type chez un fabricant déterminé, puis par application de coefficients propres à chacun des adhérents (41). Les ristournes sont généralement calculées sur la base du chiffre des commandes adressées non pas à l'entreprise qui les accorde, mais à l'ensemble des membres de l'entente (42). Un système de ristournes peut également être prévu pour les cessions que les adhérents sont appelés à se consentir entre eux. Toutes ces pratiques sont identiques quant à leur but : placer les membres de l'entente dans des positions comparables sur le plan des prix en face des acheteurs. Dans la plupart des cas, elles permettent de garantir aux entreprises les moins rentables le maintien d'une certaine activité et de procurer à celles qui sont les mieux placées des rentes souvent appréciables. Dans tous ces cas, la Commission n'a jamais manqué d'affirmer que la fixation des prix ou des conditions de vente tombe sous le coup de l'article 59 *bis*.

Elle a adopté la même attitude à l'égard de prix qui n'étaient pas fixés par barèmes, mais qui, en fait, revêtaient une certaine similitude (43), non sans avoir du reste prouvé à partir d'indices sûrs l'existence de l'entente et l'accord qui avait présidé à leur fixation.

(40) Industrie et commerce de levure de panification, *Rapports de la Commission* 1954-59, p. 9. Fabricants de verre électrotechnique, *ibid.*, p. 12.

(41) *Ibid.*, p. 13.

(42) Fabricants de meules et produits abrasifs agglomérés, *ibid.*, p. 13; Fabricants d'outils agricoles à main, *ibid.*, p. 34 (Les commerçants bénéficiaient, sur les prix du tarif commun, d'une remise fixe de 26 p. 100 et, en outre, d'une *remise de classement* dont le taux de 3 à 18 p. 100 était déterminé en fonction de l'importance des achats annuels auprès de l'ensemble des huit firmes contractantes).

(43) Fabricants de cœurs d'aiguillages en acier moulé au manganèse : *ibid.*, p. 51.

Elle a même estimé que des « prix guides », simplement conseillés aux adhérents constituaient une entrave à la concurrence (44) (*V. Addendum*).

171. — Ce sont les attributions de *contingents de production ou de vente* qui semblent constituer les pratiques auxquelles les ententes ont le plus fréquemment recours. Sur vingt avis rendus par la Commission au cours des années 1944 à 1959, douze au moins ont trait pour partie à des pratiques de ce genre. Les avis leur consacrent du reste des développements fort détaillés.

Le système des contingents de production, ou « quotas », tend à garantir aux adhérents un niveau de production, calculé sur une base arbitraire, en général par référence à leur activité antérieure. Comme l'a rappelé la Commission à diverses reprises, il tend à cristalliser les positions commerciales des membres de l'entente. Les quotas ainsi alloués sont rarement fixés d'une manière définitive (45). Le plus souvent, les chiffres, soit en quantités globales, soit en pourcentages, sont périodiquement révisables en fonction de la conjoncture économique. Dans l'affaire *Fabricants de lampes électriques*, ce sont des avenants qui, au cours de l'existence de l'entente, sont venus assouplir la détermination de certains quotas (46). Mais dans l'affaire *Fabricants de fils et câbles électriques isolés*, c'étaient les conventions initiales qui prévoyaient la révision à la fin de chaque période de deux ans. Les quotas peuvent également comprendre une part fixe et une part mobile de 30 à 50 %, révisable selon l'évolution des positions respectives des adhérents, telle qu'elle apparaît dans les statistiques tenues par l'organe central de l'entente (47).

Dans tous ces cas, la Commission a estimé que l'attribution de quotas de production constituait une atteinte à l'exercice de la concurrence. Il en a été de même dans des cas où la pratique ne résultait pas d'un document écrit, mais avait été observée en fait (48).

Dans la presque totalité des cas, le système d'attribution est complété par un système qui est destiné à en garantir le respect par les adhérents. Il se peut en effet que certains entrepreneurs, passant outre à leurs engagements, dépassent les quotas qui leur ont été alloués; corrélativement, d'autres entreprises n'arriveront pas à écouler la production minimum qui leur était garantie. Dans un premier système, on tend à rétablir l'équilibre ainsi rompu en prévoyant des commandes dites de *compensation*. Les adhérents qui, pendant une certaine période, deux ou plusieurs mois consécutifs, par exemple,

(44) Fabricants de bandes transporteuses en caoutchouc : *ibid.*, p. 52.

(45) Industrie du savon de ménage : *ibid.*, p. 8.

(46) *Ibid.*, p. 22.

(47) Fabricants de demi-produits en métaux cuivreux : *ibid.*, p. 47.

(48) Fabricants de fûts métalliques : *ibid.*, p. 21 (les intéressés prétendaient que la limitation des quantités offertes était due aux délais de livraison très courts qui les empêchaient de s'approvisionner en matière première dans la mesure qu'ils auraient voulue. Mais la Commission avait constaté qu'en réalité, des difficultés de réapprovisionnement n'avaient pas pu être prouvées).

Fabricants de cœurs d'aiguillages en acier moulé au manganèse : *ibid.*, p. 51.

prennent une certaine avance sur leur programme de production tel qu'il est prévu par les statistiques de l'entente, doivent obligatoirement passer des commandes aux adhérents qui sont en retard. Ainsi l'équilibre doit-il être restauré (49). Mais cette mesure peut s'avérer encore insuffisante. On a alors recours à un second système, celui des *pénalités* pour avances et *indemnités* pour retard. En ce qui concerne les pénalités, elles seront calculées d'après des barèmes fixes ou progressifs et appliquées chaque fois qu'une entreprise aura dépassé dans une certaine proportion de quota qui lui a été alloué, diminué, le cas échéant, des commandes de compensation qu'elle aurait pu passer. Dans certains cas, ces pénalités peuvent être très importantes. Ainsi, l'entente entre fabricants de demi-produits en métaux cuivreux prévoyait des pénalités égales à la moitié du bénéfice brut pour un dépassement inférieur à 15-20 % et qui pouvaient atteindre trois et cinq fois ce chiffre pour les dépassements supérieurs. Les sommes ainsi versées peuvent profiter aux organismes de gestion de l'entente. Le plus souvent, elles servent à dédommager les entrepreneurs qui se trouvent en retard sur leur programme. On a alors affaire à un véritable système de compensations, par le jeu d'une caisse centrale gérée par l'organisme central (V. *Addendum*).

Poussé dans ses dernières limites, le système des quotas peut aboutir à subventionner des entreprises qui ont volontairement cessé toute activité. L'ensemble de la production est alors assurée par les entreprises présentant les meilleures qualités de rendement et celles-ci, ayant à produire plus, bénéficient en général d'une baisse des coûts moyens. On attribue alors aux usines en activité des quotas réels et aux usines fermées un pourcentage fictif de la production qui sert de base aux indemnités qui leur sont versées (50).

Deux pratiques, moins fréquemment constatées, se rapprochent par leur but du système des quotas : il s'agit du partage géographique du marché et du partage de la clientèle. Dans l'affaire *Industrie et commerce de la levure de panification*, la Commission technique a estimé que l'affectation à chaque usine d'une zone de vente géographiquement délimitée avait pour effet d'entraver l'exercice de la concurrence. La pratique est du reste encore plus caractérisée lorsqu'elle s'accompagne d'une cristallisation des canaux de distribution : chaque adhérent détenant un monopole de vente dans une région déterminée et ayant en contrepartie l'obligation d'approvisionner tous les acheteurs de la même région (51). Un cas de partage de clientèle a été évoqué devant la Commission à l'occasion de l'entente dans le

(49) V. par ex., Fabricants de fils et câbles électriques isolés : *ibid.*, p. 25; Fabricants d'outils agricoles à main : *ibid.*, p. 34; Industrie de la meunerie parisienne : *ibid.*, p. 56.

(50) V. Industrie et commerce de la levure de panification : *ibid.*, p. 9; Industrie de réparation du matériel roulant ferroviaire : *ibid.*, p. 55 (dans cette affaire cependant, les indemnités versées n'avaient qu'un caractère transitoire et devaient permettre la reconversion des entreprises éliminées du marché).

(51) *Ibid.*, p. 9.

domaine de la publicité. Le partage n'était pas expressément stipulé, mais il résultait en fait d'un système dit d'*indemnités de dépossession* : selon le « code des usages de la publicité », véritable charte de l'entente, dans tous les cas où un agent ou courtier de publicité acceptait de transmettre des ordres jusqu'alors comptés à un autre intermédiaire, le premier était tenu de verser au second une indemnité d'un taux très élevé. La somme était en principe égale au montant des commissions dont l'intermédiaire avait bénéficié pendant les douze derniers mois, pour rémunération de l'affaire en cause. En fait, elle variait selon l'ancienneté de la clientèle, et équivalait souvent à une année de commission pour cinq années de collaboration avec le client que l'intermédiaire venait de perdre. Le montant en était fixé par une commission d'arbitrage comprenant des membres de la profession. Dans son avis (52), la Commission technique considère que « dans sa conception et sa mise en œuvre, l'indemnité de dépossession met au premier chef obstacle à la libre concurrence » et « qu'en raison de ses taux élevés et du caractère obligatoire donné à cette prétendue réparation par l'intervention de la commission des arbitrages, elle tend à freiner ou à interdire les mutations de clientèle entre les intermédiaires des diverses catégories ».

Enfin, plutôt que de se garantir des contingents de production, les membres de l'entente peuvent décider la spécialisation de chacun d'eux dans la production d'objets d'un type particulier. L'entente est alors dite « de spécialisation ». Dans l'affaire *Fabricants de culots de lampes électriques*, les trois entreprises assurant l'approvisionnement des fabricants de lampes s'étaient spécialisées respectivement dans la fabrication des culots standards de grande série, des culots spéciaux et des culots pour tubes fluorescents. La Commission relevait que, par le jeu de cette entente, chacune des sociétés tendait à jouir, pour les produits commercialisés, d'un quasi-monopole de production et que cette situation réduisait sensiblement la compétition sur le marché. La pratique tombait sous le coup de l'article 59 *bis* (53).

172. — Dans les situations qui viennent d'être décrites, les clauses de l'entente intéressaient les relations des adhérents entre eux. Elles ne retentissaient sur les tiers que d'une manière indirecte : par le fait que ceux-ci pouvaient se heurter à des refus de vente ou à l'obligation de s'adresser à d'autres vendeurs, leur fournisseur habituel risquant de dépasser son quota de vente, ou encore parce qu'ils se trouvaient victimes d'une modification des ristournes qui jusque là leur étaient accordées. Dans deux autres affaires, au contraire, les pratiques résultant de l'entente consistaient en contrats passés avec des tiers, contrats comportant des clauses restrictives de concurrence.

Ainsi, l'entente dans l'industrie du magnésium (54) se caractérisait par l'existence de stipulations accessoires à des licences de brevets.

(52) *Ibid.*, p. 38 et s.

(53) *Ibid.*, p. 23 et s.

(54) *Ibid.*, p. 10.

L'entente comprenait cinq entreprises, dont quatre exerçaient des activités dans l'industrie du magnésium, mais à des niveaux différents : production du métal, distribution, utilisation en fonderie. Une seule usine, appartenant au groupe Ugine, assurait l'ensemble de la production. Une seule entreprise également, la Société générale du magnésium, appartenant aux groupes Ugine et Pechiney, assurait la distribution exclusive de tout le métal. Au stade de l'utilisation enfin, l'entente comprenait deux fonderies, la société Le magnésium industriel contrôlée par Pechiney et Ugine et la société La fonderie de précision, ayant des liens avec Pechiney. La Commission technique avait estimé qu'il existait une entente entre Pechiney, Ugine et leurs filiales.

L'intérêt de l'espèce provient de ce que la pratique résultant de l'entente consistait en des contrats passés par la Société générale du magnésium, entreprise distributrice, avec les utilisateurs du métal : d'une part quatre fonderies indépendantes, d'autre part la SNECMA, possédant un atelier de fonderie pour la fabrication de certaines pièces entrant dans la composition de ses produits. Ces contrats constituaient des clauses annexes de licences de brevets, dont la Société générale du magnésium était titulaire. Par les contrats passés avec les quatre fonderies indépendantes, la société distributrice s'engageait à approvisionner les licenciées dans toutes la mesure de leurs besoins et au prix courant au client le plus favorisé. De leur côté, les licenciées s'engageaient à ne s'approvisionner qu'auprès de l'entreprise concédante, à lui céder tous leurs déchets et à ne pas revendre en l'état le métal fourni par elle. Mais, bien entendu, les licenciées gardaient toute liberté pour écouler les produits de fonderie dans la fabrication desquels entrait le magnésium fourni par la société. C'est cette faculté qui était interdite par le contrat passé avec le SNECMA. Selon les termes de ce contrat, la cession de licence était limitée aux besoins propres de la SNECMA, c'est-à-dire aux pièces fondues entrant dans la confection des moteurs, machines et appareils de sa propre fabrication. Il s'agissait donc d'une interdiction de vente des pièces détachées produites par l'atelier de fabrication de l'entreprise concessionnaire. Il n'existait qu'une dérogation, de portée très limitée, dans le cas où les fonderies indépendantes liées à la société distributrice auraient été dans l'impossibilité de fournir certains constructeurs, pour des objets intéressant directement la défense nationale. Enfin les deux fonderies contrôlées par Pechiney et Ugine et faisant partie de l'entente, *La fonderie de précision* et *Le magnésium industriel* profitaient sans contrat de tous les avantages consentis aux licenciés.

Dans son avis, la Commission a estimé que les éléments des contrats de licence passés par la société distributrice et qui tendaient à protéger les membres de l'entente constituaient des entraves à la concurrence. L'interdiction faite aux licenciées de s'approvisionner en dehors de la Société générale du magnésium tendait à protéger le producteur et le distributeur. L'interdiction de vendre faite à la SNECMA tendait à protéger les fonderies membres de l'entente ou liées à elle par les contrats de licence.

D'un autre côté, les dirigeants de l'entente avaient soutenu que les dispositions légales ou réglementaires relatives à la concurrence étaient inapplicables en matière de propriété industrielle et que les droits exclusifs qui sont reconnus aux brevetés leur permettaient d'assortir les licences de toutes les conditions qu'ils jugeaient utiles. La Commission n'a pas retenu cet argument car elle a estimé « qu'il n'est pas conforme aux principes de notre droit public d'attribuer à une législation déterminée une valeur spéciale qui ne permettrait pas à une autre loi, qui est d'ailleurs dans l'espèce une disposition d'ordre public, de le modifier ». Cela conduisait dans le cas particulier, à distinguer nettement les licences proprement dites de leurs clauses accessoires. Le droit de la concurrence doit s'appliquer aux secondes.

La situation était beaucoup plus simple dans une seconde affaire dont a eu à connaître la Commission technique, celle de *l'entente pour l'organisation du marché de la langouste* (55). L'entente formée entre un certain nombre de mareyeurs avait principalement pour objet l'achat en commun de langoustes débarquées à Douarnenez et à Camaret, suivi d'une répartition entre les adhérents, sur la base de quotas préalablement fixés. Accessoirement, l'entente avait conclu avec les pêcheurs des contrats d'exclusivité de vente lui assurant la totalité des cargaisons. Le groupement jouissait ainsi d'un monopole de fait sur la totalité de la langouste débarquée dans les deux ports. Les mareyeurs ne faisant pas partie de l'entente se trouvaient dans l'impossibilité de s'approvisionner. Cela était d'autant plus grave que, selon l'enquête, tous les mareyeurs ne pouvaient pas se faire admettre dans le groupement, en dépit de leurs capacités professionnelles. Ici encore, et cela ne saurait surprendre, les contrats d'exclusivité constituaient, de l'avis de la Commission, des pratiques entravant le plein exercice de la concurrence (V. *Addendum*).

173. — Enfin, une dernière pratique est apparue à l'occasion de l'affaire des *Ententes professionnelles dans le domaine de la publicité*. Cette pratique consistait dans des limitations apportées à l'exercice de la profession. L'entente s'étendait à tous les professionnels de la publicité, puisqu'elle embrassait la *Fédération française de la publicité* et la *Fédération nationale de la presse française*. L'accord avait ici pour objet la mise en vigueur d'un document, sorte de charte de la profession, le *Code des usages de la publicité*. Or, l'une des pièces maîtresses du code était l'institution d'une carte professionnelle, dite *Carte accréditive de commissions*, à la possession de laquelle était en fait subordonné tout exercice de la profession de courtier ou d'agent de publicité.

La carte accréditive était délivrée par une commission, sur proposition de la Fédération française de la publicité et contre engagement de la part du postulant de respecter les usages professionnels codifiés

(55) *Ibid.*, p. 58.

et dont plusieurs étaient par eux-mêmes contraires au jeu de la concurrence entre intermédiaires : interdiction d'accorder des ristournes, versement d'une indemnité de dépossession en cas de déplacement de clientèle, etc...

L'institution de la carte accréditive portait donc doublement atteinte à la concurrence en limitant, en fait, l'entrée dans la profession et en exigeant le respect des pratiques contraires à la concurrence. Selon la Commission, le Code des usages de la publicité en créant cette carte se trouvait en contradiction avec l'article 59 *bis* de l'ordonnance 45-1483.

On mesure ainsi la diversité et l'ampleur des pratiques qui, selon l'interprétation que la Commission technique des ententes a donnée de l'article 59 *bis*, constituent des entraves au plein exercice de la concurrence. Cependant, on ne saurait se dissimuler que l'activité de la Commission est restée en dépit de l'intérêt extrême que présentent les avis qu'elle a rendus, forcément limitée. Il est évident que les vingt affaires à propos desquelles ses avis ont été publiés à ce jour ne sauraient recouvrir la totalité des pratiques susceptibles de fausser le jeu de la concurrence. Il est donc important de rechercher selon quelle méthode d'appréciation la Commission a pu décider que les pratiques précitées constituaient des entraves à l'exercice de la concurrence. On peut espérer y découvrir ce qu'elle a entendu par concurrence et par entrave à l'exercice de celle-ci.

2° LA MÉTHODE SUIVIE PAR LA COMMISSION TECHNIQUE DES ENTENTES

174. — Dès l'examen des premiers avis de la Commission, une constatation s'impose : pour décider que telle ou telle pratique porte atteinte à la concurrence, la Commission ne s'appuie pas sur les faits particuliers de l'espèce, mais elle porte un jugement de caractère abstrait. En d'autres termes, lorsque la Commission estime, par exemple, que la mise en œuvre de quotas de production par une entente constitue une entrave à la concurrence, ce n'est pas parce qu'elle a examiné dans le cas particulier des éléments de fait tels que l'importance et le mécanisme des quotas, le nombre des participants à l'entente, la structure du marché sur lequel elle exerce son activité, ou l'évolution du marché sous l'effet de l'entente, mais c'est parce qu'elle considère que, *d'une manière générale, le système des quotas constitue par lui-même une entrave à la concurrence*. Le jugement comporte un certain degré de généralité.

De cette méthode, constamment suivie par la Commission, il suffira de donner quelques exemples, parmi les plus frappants. A propos de l'entente dans l'industrie du savon de ménage, après avoir analysé le système des quotas que l'entente avait mis en œuvre, la Commission se prononce en une phrase : « Considérant que la fixation de quotas de fabrication tend à limiter le plein exercice de la concurrence » (56).

(56) *Rapports* 1954-59, p. 8.

Dans l'avis *Fabricants de verre électrotechnique*, on peut lire qu'un tarif commun de vente franco pourrait être regardé en lui-même comme traduisant une pratique d'entente au sens de l'article 59 bis (57). A propos de l'affaire *Fabricants de meules et produits abrasifs agglomérés*, on relève le motif suivant : « Considérant que les pratiques de l'entente consistent en fixation de prix minimum établis à partir du prix de revient d'un article type... et comportant une échelle de ristournes calculées non sur l'importance unitaire des commandes mais selon le potentiel global d'achat de chaque client; qu'il n'est pas contesté que ces pratiques peuvent avoir les effets prévus à l'article 59 bis de l'ordonnance du 30 juin 1945... » (58).

Dans son avis rendu à l'égard de l'entente entre fabricants de lampes électriques, la Commission estime que « l'attribution de contingents visant à interdire le développement de toute entreprise au-delà de sa position relative constitue un obstacle à la concurrence » (59), et la même formule est reprise, sans grands changements, dans l'avis *Fabricants de demi-produits en métaux cuivreux* (60).

Si la Commission apporte parfois certaines précisions à sa constatation, en expliquant pourquoi elle considère que telle ou telle pratique constitue une atteinte à la concurrence, l'explication ne descend jamais en-dessous d'un certain niveau de généralité. Ainsi, à propos de l'uniformisation des tarifs de vente et de la fixation des contingents : « si la stabilité de production ainsi obtenue permet certaines économies de frais généraux, elle entraîne une cristallisation des positions commerciales basées sur des références anciennes et s'oppose aux possibilités d'essor des entreprises économiquement les mieux placées » (61), et dans l'avis rendu à propos des fabricants de fils et câbles électriques isolés : « Considérant que l'attribution de quotas de fabrication au sein d'une branche industrielle constituée en entente tend à freiner, sinon à interdire, le développement de toute entreprise au-delà de sa position relative; qu'elle porte ainsi atteinte aux possibilités d'essor des sociétés économiquement les mieux placées et diminue le handicap que rencontreraient normalement dans un système de libre concurrence, les fabricants mal outillés ou qui répugnent à l'effort... » (62). Autre exemple encore, le jugement porté à l'égard de l'indemnité de dépossession au cas de mutation de clientèle entre membres de l'entente (63) : le système des indemnités « repose sur le postulat du droit prétendu à posséder et conserver, non pas seulement une clientèle dans son ensemble, mais la continuité de rapports d'affaires avec chaque client en particulier; l'affirmation d'un droit à la clientèle conçu dans un sens aussi étroit est directement contraire au principe de libre concurrence ».

(57) *Ibid.*, p. 12.

(58) *Ibid.*, p. 13.

(59) *Ibid.*, p. 22.

(60) *Ibid.*, p. 47.

(61) Industrie et commerce de la levure de panification : *ibid.*, p. 9.

(62) *Ibid.*, p. 25.

(63) Ententes professionnelles dans le domaine de la publicité : *ibid.*, p. 38.

175. — Il serait fastidieux de multiplier les exemples. Tous concourent à la justification de cette idée que qualifier une pratique d'entrave à la concurrence est une opération qui relève non de la constatation des faits, variables avec chaque espèce, mais d'un jugement porté *in abstracto*. Cette idée est de la plus haute importance, car elle montre que pour la Commission technique, la concurrence n'est pas une notion concrète, variable avec chaque marché particulier selon la structure et les dimensions économiques de celui-ci — ce qui pourrait conduire à décider que telle pratique entrave la concurrence sur tel marché, mais non sur tel autre — mais qu'elle constitue une norme, abstraite, à laquelle il est possible de se référer, quelles que soient les circonstances de fait considérées (V. *Addendum*).

176. — Cependant, cette première constatation doit être nuancée. Il semble en effet qu'elle soit en contradiction avec le fait que jamais, dans aucun de ses avis, la Commission n'a négligé de procéder à une étude sérieuse des conditions économiques qui gouvernent le marché particulier sur lequel l'entente s'est formée. Elle procède alors à une analyse *in concreto* du degré de concurrence qui règne, ou pourrait régner, sur le marché considéré et des incidences effectives de l'entente sur les conditions de concurrence. Cette méthode d'appréciation se trouvait du reste déjà évoquée dans le premier rapport que la Commission a adressé au ministre chargé des affaires économiques (64) : « La Commission est conduite, dans chaque affaire, à fonder son appréciation et à qualifier l'entente au vu des résultats d'ensemble d'un véritable *bilan économique* » (65), affirmation qui se trouvait illustrée par l'exemple suivant : « En particulier, lorsqu'une entente fait valoir qu'elle a sauvé de la régression, voire de la disparition, une branche de l'industrie nationale, la Commission apprécie les effets réels de cette entente sur la production et sur le marché, *par rapport* aux conséquences qu'eût vraisemblablement entraînées le libre jeu de la concurrence. Elle peut être amenée à comparer les prix de revient et de vente, ainsi que les niveaux de production et de consommation des produits considérés, en France et à l'étranger, et à rechercher si l'existence de l'entente a ou non favorisé l'exportation de produits français. C'est l'appréciation finale résultant de ces recherches qui commandera, en définitive, la qualification de l'entente ».

La contradiction n'est qu'apparente. Il convient en effet de retenir que la tâche de la Commission est complexe. Elle doit en réalité se prononcer sur trois points capitaux :

1° L'entente soumise à son appréciation rentre-t-elle dans la catégorie des ententes visées par l'article 59 *bis* ? C'est la question de l'existence de l'entente.

2° Dans l'affirmative, peut-elle prétendre au bénéfice de l'arti-

(64) *Rapports* 1954-1959, p. 6.

(65) En italiques dans le texte.

de 59 *ter*, qui lui permettra d'échapper à la prohibition de principe ? C'est alors la question de la *validité* de l'entente qui est posée.

3° Quelles sont les mesures administratives qu'il convient de prendre ? Il ne faut pas oublier, en effet, que la Commission reste un organe administratif, dont l'avis doit éclairer le ministre sur la conduite à suivre à l'égard de l'entente : celui-ci pourra prendre, en toute indépendance, telles mesures administratives qu'il jugera utiles ou transmettre le dossier au parquet aux fins de poursuites. La tâche de la Commission ne se borne pas uniquement à apprécier la situation juridique de l'entente, mais elle consiste également à donner son avis sur *l'opportunité* des mesures administratives ou judiciaires à prendre.

L'examen des avis rendus montre que la Commission a pris le parti de distinguer très clairement ces trois moments de son activité (66). Et tout naturellement, la méthode d'appréciation diffère selon que la Commission se prononcera au regard de l'existence de l'entente, ou au regard de sa validité et de l'opportunité de mesures à prendre. Dans le premier cas, s'agissant de savoir à quelles ententes s'appliquent les articles 59 *bis* et 59 *ter*, elle procède à la qualification des pratiques exercées par référence à un schéma abstrait de la concurrence : elle décide que, théoriquement, telles ou telles pratiques sont de nature à entraver l'exercice de la concurrence. Mais, dans les deux autres cas, s'agissant de mettre en balance les effets sur la concurrence et les effets sur le progrès économique, elle doit établir, de la manière la plus réaliste, le bilan des activités de l'entente au regard des conditions particulières du marché. Il ne s'agit plus alors de déterminer si les pratiques de l'entente portent atteinte à la concurrence, mais quelle est la gravité exacte de cette atteinte : comme l'indique le rapport pour l'année 1957 : « Si les pratiques censurées au titre de l'article 59 *bis* n'apparaissent pas gravement répréhensibles à la Commission, celle-ci inclinera à se montrer moins sévère dans l'appréciation des justifications fournies au titre de l'article 59 *ter* et inversement » (67). Cette analyse correspond du reste parfaitement à la lettre de la loi. Alors que l'article 59 *bis* concerne les pratiques « *pouvant avoir pour effet* d'entraver le plein exercice de la concurrence », l'article 59 *ter* vise les mesures qui *ont pour effet* d'améliorer... ». Elle présente d'autre part une importance pratique considérable car, dès lors qu'une autorité judiciaire saisie de l'appréciation d'une entente estime que les pratiques mises en cause ne constituent pas des entraves à la concurrence, elle pourra rendre sa décision sans avoir pour cela à se livrer à une délicate analyse des conditions économiques particulières qui caractérisent le marché.

Nous retiendrons en définitive que lorsqu'il s'agit de constater

(66) V. comme particulièrement caractéristiques à cet égard les avis *Industrie du savon de ménage* (Rapports 1954-59, p. 8), *Fabricants de lampes électriques* (p. 22), *Fabricants de fils et câbles électriques isolés* (p. 25), *Fabricants de verre plat* (p. 36), *Organisation du marché de la langouste* (p. 58).

(67) *Rapports* 1954-59, p. 31.

l'existence d'une entente économique, au sens de l'article 59 *bis*, *l'entrave au plein exercice de la concurrence doit être comprise par référence à une notion abstraite et théorique de la concurrence*. La méthode à suivre est alors purement déductive. Il reste alors à savoir quelle est la notion de concurrence à laquelle s'est référée la Commission technique des ententes.

3° LA NOTION DE CONCURRENCE

177. — Lorsque l'on parle de concurrence, on veut en réalité décrire la situation qui règne, ou doit régner, à l'intérieur d'une branche d'activités comparables par leur objet : production ou distribution d'un même bien ou de biens suffisamment substituables; prestation d'un service ou de services présentant des utilités identiques. Cette situation découle elle-même de *l'attitude* qu'adoptent les entreprises de la branche les unes envers les autres. Elle sera concurrentielle si chaque entreprise poursuit sa politique — politique qui découle de sa nature propre et qui correspond principalement au maintien ou au développement de son activité et à la recherche d'un certain profit — d'une manière indépendante et égoïste. C'est cette indépendance, en droit et en fait, qui est fondamentale, car la théorie repose sur ce postulat implicite que dès lors que diverses entreprises de la même branche, comparables au point de vue de leur puissance, jouissent d'une réelle indépendance de droit et de fait, elles adoptent une attitude égoïste et compétitive, postulat qui peut être mis en doute, mais qu'il ne nous appartient pas de discuter ici.

Dès lors que l'on érige la situation de concurrence au rang d'un idéal, et que l'on cherche à s'en rapprocher, deux conceptions différentes se font jour. En premier lieu, on peut s'attacher directement au résultat : on considère alors l'ensemble de la branche d'activité en cause et l'on estime que la situation pourra y être concurrentielle tant qu'il existera un minimum d'entreprises comparables et indépendantes. Ainsi, toute restriction de l'indépendance de certaines firmes par rapport à certaines autres ne mettra pas automatiquement en péril la concurrence; le point à partir duquel le péril apparaît constitue donc dans cette conception une question de fait. D'un second point de vue, plus systématique, on considère chaque entreprise du même marché, indépendamment de l'ensemble. Toute restriction de l'indépendance de l'une des firmes est alors considérée comme freinant, par définition, la mise en œuvre de la situation concurrentielle. La constatation d'une entrave à la concurrence n'est plus liée à un fait, la situation régnant dans l'ensemble de la branche, mais à un concept abstrait : l'indépendance d'une entreprise.

178. — C'est à la deuxième de ces conceptions que s'est ralliée la Commission technique des ententes. L'application qu'elle a faite de l'article 59 *bis* de l'ordonnance relative aux prix montre que les pratiques qui entravent la concurrence consistent en mesures restrictives de la liberté des membres de l'entente, pris séparément.

Ainsi, la Commission a pu estimer que des pratiques de prix uniformes — qui limitent la liberté quant aux prix offerts — de quotas de production ou de partage géographique — qui limitent la liberté en ce qui concerne les quantités produites ou offertes — portent directement atteinte à la concurrence, concurrence qui existait initialement entre les membres de l'entente. Elle a estimé aussi que l'institution d'une carte accréditive, à l'obtention de laquelle l'exercice de la profession se trouvait en fait soumis, ou la conclusion de contrats d'exclusivité discriminatoires constituaient des entraves à la concurrence parce que ces pratiques protègent les adhérents au détriment de la liberté des tiers.

À l'occasion des rapports qu'elle a adressés au ministre, la Commission technique a indiqué que les ententes qui tombent sous le coup de l'article 59 *bis* sont celles qui permettent d'agir sur la production ou sur les conditions du marché (68), ou encore que « le signe essentiel de l'entente est le contrôle exercé sur les conditions de production et de distribution des produits couverts par l'entente » (69). Contrôle sur les conditions de production par attribution de quotas de fabrication assortis de diverses clauses pénales; par le versement de redevances à des usines ayant cessé leur activité; par la limitation dans l'entrée dans la profession. Contrôle sur les conditions de distribution par le contingentement des ventes, par l'attribution de zones de ventes, l'adoption d'un barème de prix, la cristallisation des positions commerciales, la pratique de refus de vente ou de conditions discriminatoires.

179. — Mais alors, si l'on adopte ce critère du contrôle, ne faut-il pas limiter l'application de l'article 59 *bis* aux seules ententes qui exercent *un contrôle effectif sur le marché*, parce qu'elles détiennent, grâce au groupement des forces, une puissance quasi absolue en réunissant la presque totalité des industries ou commerçants de la même branche, ou bien en comprenant les entreprises les plus puissantes ? Il semblerait alors qu'en contradiction avec l'attitude observée tout au long de ses avis, la Commission ait entendu se rallier finalement à la première conception de la concurrence, telle que nous l'avons exposée.

Le problème n'est pas dénué de portée pratique. Le succès d'une entente est généralement lié à sa puissance, ce qui requiert l'adhésion des principales entreprises du secteur sur lequel elle veut exercer son influence. Mais il n'est pas exclu que puissent se former des ententes restreintes, ayant pour objet soit de lutter sur un marché purement local, soit de faire face à un concurrent de grande taille. Celles-ci devront-elles échapper à l'application de l'article 59 *bis* ?

En droit, aucun doute n'est permis et l'on ne peut pas retenir au titre de l'article 59 *bis* les seules ententes qui exercent un contrôle effectif sur les conditions du marché. Cela découle en effet de la *méthode* qui a été suivie par la Commission elle-même : l'entrave à la

(68) *Rapports pour les années 1954-55 : Rapports 1954-59*, p. 5.

(69) *Rapport pour l'année 1956 : ibid.*, p. 17.

concurrence, au sens de l'article 59 *bis*, est à considérer *in abstracto*; une pratique doit pouvoir être qualifiée d'entrave à la concurrence sans qu'il soit nécessaire de se référer à la taille et à la puissance de l'entente qui l'exerce. Cela veut dire que le mot contrôle doit être compris en tant que contrôle relatif : l'entente exerce sur les conditions du marché un contrôle plus étendu que celui qu'exerçait auparavant chaque entreprise séparément.

La méthode nous semble parfaitement fondée. Elle s'impose comme étant, nous l'avons vu, en harmonie avec les textes. Elle est d'autre part, la seule concevable au regard du minimum de sécurité juridique indispensable. Dès lors, en effet, que l'on admet que les ententes économiques constituent une catégorie juridique, il importe que les frontières de cette catégorie puissent être déterminées avec suffisamment de certitude; ce qui signifie qu'elles doivent dépendre de critères comportant un certain degré de généralité et non d'une appréciation empirique, variable avec chaque cas particulier.

180. — Le champ d'application de l'article 59 *bis* se trouve donc sur ce point, beaucoup plus vaste que celui de l'article 419 du Code pénal. Dans l'application de ce dernier, tel qu'il a été compris par la jurisprudence, la protection de la concurrence s'entendait essentiellement de la protection de la liberté d'activité de ceux qui sont des tiers par rapport à l'entente. L'atteinte à la concurrence consistait soit en mesures dirigées contre ces derniers, soit en l'acquisition d'une position de domination absolue sur le marché. L'application de l'article 59 *bis* par la Commission technique des ententes montre au contraire que les pratiques qui entravent la concurrence consistent en mesures restrictives de la liberté des membres de l'entente eux-mêmes. Dans cette voie, il n'y a plus aucune différence à faire entre les limitations qu'un entrepreneur éprouve dans sa liberté d'action selon qu'il les a volontairement consenties ou qu'il se les voit imposer par une coalition à laquelle il est étranger. A titre d'exemple, un commerçant peut se trouver limité dans ses ventes, soit parce qu'il fait partie d'un cartel de limitation de vente, soit parce qu'au sein de sa clientèle figurent des entreprises faisant partie d'un cartel d'achat qui a décidé de ne plus traiter avec lui.

C'est en tenant compte de ces observations que l'on peut qualifier d'entrave à la concurrence, au sens de l'article 59 *bis*, toutes les pratiques qui limitent une entreprise dans sa liberté d'action :

— Soit en réalisant le transfert, à une ou plusieurs autres entreprises, du contrôle qu'elle détient normalement sur les conditions de sa production, de ses approvisionnements ou de la commercialisation de ses produits;

— Soit en lui imposant une situation défavorable par rapport à celle qu'occupent d'autres entreprises de la même branche d'activités, dans la production, les approvisionnements ou la commercialisation des produits.

Mais ce critère très large des pratiques qui tombent sous le coup

de l'article 59 *bis* ne va-t-il pas se trouver considérablement limité par la seconde des conditions prévues au texte, l'effet sur les prix ? Adoptant la méthode suivie jusqu'ici, nous chercherons à déterminer quelle importance exacte la Commission technique des ententes a reconnu à cette seconde condition d'application.

B. — L'effet sur les prix

181. — Dans quels cas va-t-on décider que les pratiques exercées par l'entente font obstacle à l'abaissement des prix de revient ou de vente, ou favorisent la hausse artificielle des prix ? Le même problème qu'en matière d'entrave à la concurrence se pose ici. Va-t-on demander au juge de procéder, à propos de chacune des affaires dont il est saisi, à une analyse des conditions du marché, ou bien va-t-on admettre, en principe, que certaines pratiques constituent, par nature, des facteurs de hausse ou des obstacles à la baisse ?

Dans plusieurs des avis qu'elle a rendus, la Commission technique a manifesté son intention de relever, chaque fois qu'elle le pouvait, un effet sur les prix, qui fût certain et directement contrôlable. Elle s'est alors livrée à des comparaisons dans le temps ou l'espace. Ainsi, dans l'affaire « Industrie du magnésium » (70), elle relève que les prix au kilogramme étaient en 1953 de 444 F en France, contre 220 à 240 aux Etats-Unis et au Canada, de 260 F en Norvège et de 320 F en Italie, et que des réductions accordées aux principaux clients, surtout à partir de 1954, laissent subsister une marge importante de différence. Ailleurs, elle constate que « les prix de vente sont à un coefficient inférieur à celui de l'ensemble des produits industriels » (71). Dans un autre de ses avis, elle relève que les prix consentis à l'administration par les membres d'une entente sont généralement « plus élevés que ceux consentis à la clientèle privée pour des quantités plus faibles » (72). Ainsi, selon cette tendance, l'effet sur les prix serait une question de fait, variable avec chaque espèce.

Mais, d'un autre côté, la Commission a manifesté une tendance diamétralement opposée à la première. Dans de nombreux cas, elle présume que certaines pratiques doivent entraîner, en raison de leur nature, un effet de hausse ou d'obstacle à la baisse.

Il en est ainsi, évidemment, à l'égard des barèmes de prix commun. Dans l'affaire *Fabricants d'outils agricoles à main*, les livraisons étaient facturées au prix d'un tarif commun et unique, affecté de remises déterminées; la Commission estime que « ces prix, qui tiennent compte nécessairement de la situation de l'entreprise la plus mal placée, assurent ainsi aux autres entreprises une marge économiquement injustifiée » (73). Dans l'affaire *Industrie de la meunerie*

(70) *Rapports* 1954-59, p. 10.

(71) *Fabricants de meules et produits abrasifs agglomérés* : *ibid.*, p. 13.

(72) *Fabricants de fûts métalliques* : *ibid.*, p. 21.

(73) *Ibid.*, p. 34.

parisienne, elle pose en principe que « la vente à un prix uniforme, qui est le prix maximum, exclut par elle-même tout abaissement du prix de vente » (74). Et il en va de même à l'égard de l'engagement pris par chaque membre de l'entente de ne procéder à aucune baisse de ses tarifs sans avoir obtenu l'accord préalable des autres adhérents (75). Dans l'entente entre fabricants de fils et câbles électriques isolés, les prix de vente restaient libres, mais l'organe central publiait des « barèmes-guides » qui servaient à l'établissement de statistiques en vue de déterminer des quotas de production. Ces barèmes constituaient, en dépit de leur caractère facultatif, des obstacles à la baisse, car « les entreprises se trouvent incitées à ne pas abaisser leurs prix de vente au-delà des tarifs et barèmes-guides par le fait que les statistiques qui servent de base à la mise en jeu des modalités destinées à assurer le respect des quotas sont établies d'après ces tarifs et barèmes... » (76) (V. *Addendum*).

182. — Ces exemples mettent en lumière deux points essentiels. En premier lieu, on constate que l'effet sur les prix n'est pas entendu ici au sens d'un effet sur les prix en vigueur sur l'ensemble d'un marché. Il s'agit tout simplement des prix tels qu'ils sont pratiqués par les entreprises, considérées individuellement. Il est évident que ce point de vue est le seul concevable lorsque l'on envisage les obstacles à l'abaissement des prix de revient, qui ne sauraient être analysés qu'au regard des conditions de production de chaque entreprise. Mais la Commission a tout naturellement conservé sa position lorsqu'il s'est agi de se prononcer à l'égard des prix de vente. Ce faisant, elle s'écarte délibérément de la jurisprudence suscitée par l'application de l'article 419 du Code pénal aux ententes à tendance monopolistique. En second lieu, en ce qui concerne la méthode adoptée par la Commission, elle est identique à celle qui est adoptée pour la qualification d'entrave à la concurrence : elle conduit à déterminer une série de pratiques qui, par nature, sont susceptibles d'apporter un effet sur les prix de vente ou de revient. Or, cette méthode, parfaitement naturelle lorsqu'il s'agit de barèmes de prix communs n'a pas été considérée comme spécifique de l'appréciation de ces derniers. Au contraire, la Commission l'a également utilisée pour toutes les autres pratiques qui, selon elle, tombent sous le coup de l'article 59 *bis*.

183. — C'est ainsi que la pratique des indemnités de dépossession de clientèle et l'interdiction d'accorder des ristournes ont été jugées comme faisant obstacle, par elles-mêmes, à l'abaissement des prix de revient ou de vente (77). Le même point de vue a été adopté en face des indemnités pour retard et des pénalités pour avance qui servent de garantie au système des quotas de production « L'institution de

(74) *Ibid.*, p. 56.

(75) *Fabricants de jantes et de guidons* : *ibid.*, p. 50.

(76) *Ibid.*, p. 25.

(77) *Ententes professionnelles dans le domaine de la publicité* : *ibid.*, p. 40.

pénalités progressives en cas de dépassement des quotas fait obstacle à l'abaissement des prix de revient et même constitue un facteur de hausse » (78) : « Si les pénalités, qui sanctionnent les dépassements, ont un effet direct sur les prix, d'autant plus limité que les contingents sont mieux respectés, leur menace n'en fait pas moins obstacle à l'abaissement des coûts pouvant résulter du plein emploi de certaines entreprises travaillant actuellement, comme l'ensemble du secteur, à un niveau nettement inférieur à leur capacité de production » (79); « Les pénalités pour dépassement de quotas grèvent les prix de revient » (80).

Le système des quotas de production lui-même doit être considéré comme faisant obstacle à l'abaissement des prix. Ainsi, lisons-nous dans l'avis rendu à propos de l'entente dans l'industrie et le commerce de la levure de panification. « En maintenant une activité constante aux usines dont les conditions de production sont les moins favorables, elle (la stabilité de la production) tend à aligner le prix de vente commun sur la base des prix de revient les plus élevés » (81). Et à propos de l'entente entre fabricants de demi-produits en métaux cuivreux, « l'attribution de contingents en restreignant éventuellement l'activité des entreprises les mieux équipées au profit des autres, peut avoir par elle-même une influence défavorable sur les prix » (82). La même solution doit être retenue, à l'encontre des redevances versées à des usines fermées : « Les liens qui existent entre certaines entreprises restées en activité et d'autres supprimées accentuent encore le caractère critiquable de pratiques qui grèvent les prix de revient au détriment, en définitive, de l'ensemble des consommateurs » (83).

La Commission technique s'est enfin prononcée dans le même sens à l'égard des contrats d'exclusivité dont bénéficient les membres d'une entente. Dans l'affaire *Organisation du marché de la langouste*, les adhérents bénéficiaient d'une exclusivité de vente de la part des mareyeurs de deux ports bretons. Ils jouissaient, de ce fait, d'un véritable monopole d'achat qui avait pour effet « d'assurer au groupements tant la maîtrise du prix qu'il consent aux pêcheurs que le contrôle du prix de vente ». Mais la Commission va beaucoup plus loin et dans le même avis elle laisse entendre que tout contrat d'exclusivité, même s'il ne procure pas un monopole, est de nature à maintenir les prix à un niveau artificiel : « L'entente aboutit, en période de surproduction, à garantir aux pêcheurs, par la fixation d'un prix minimum, un prix supérieur à celui qui se formerait dans des conditions de libre concurrence » (84). Il semble bien qu'à la limite,

(78) *Industrie du savon de ménage* : *ibid.*, p. 8.

(79) *Fabricants de lampes électriques* : *ibid.*, p. 22.

(80) *Fabricants de fils et câbles électriques isolés* : *ibid.*, p. 25.

(81) *Ibid.*, p. 9.

(82) *Ibid.*, p. 47.

(83) *Industrie et levure de panification*, précit.

(84) *Rapports 1954-59*, p. 58.

l'effet défavorable sur les prix soit directement relié à l'entrave qui est apportée à la concurrence. Ainsi, lorsque l'on a relevé qu'une pratique était de nature à porter atteinte à la concurrence, au sens de l'article 59 *bis*, la constatation d'un effet sur les prix tendrait dans bien des cas à devenir une clause de style.

Il n'est cependant pas possible d'aller jusque là, sans dépasser les termes mesurés des avis rendus jusqu'ici par la Commission. Dans chaque affaire, celle-ci a toujours pris soin de relever expressément que les pratiques en cause constituaient un obstacle à la baisse des prix ou un facteur de hausse; et elle l'a toujours fait en motivant son avis d'une manière très exacte. Il n'en reste pas moins significatif qu'à l'égard de toutes les pratiques qu'elle a qualifiées d'entrave à la concurrence, la Commission technique a pu également constater la possibilité de leur effet défavorable sur les prix (85).

184. — La méthode utilisée pour déterminer cet effet s'avère en définitive identique à celle qui a été utilisée pour déterminer les entraves à la concurrence : c'est en se référant à une notion abstraite, celle de la formation des prix, que la Commission a décidé que certaines pratiques tendent, d'une manière générale, à peser sur les prix. Et l'on s'aperçoit, à bien lire les avis, que lorsqu'elle s'attache à l'étude concrète de la formation des prix sur tel ou tel marché déterminé, ou lorsqu'elle procède à des comparaisons des prix réellement pratiqués sur divers marchés, ce n'est pas en vue de constater l'existence d'un effet sur les prix, mais pour apprécier sa gravité, en vue de l'application de l'article 59 *ter*. Ces deux tendances manifestées, dans l'appréciation des prix, par les avis ne sont pas contradictoires, elles s'appliquent à des objets d'études différents.

Ce point de vue étonne, du reste, à première vue lorsque l'on observe que les effets visés à l'article 59 *ter*, et qui doivent servir à justifier l'entente, sont ceux qui comportent une amélioration et une extension des débouchés de la production ou le développement du progrès économique par la rationalisation et la spécialisation. L'article 59 *ter* ne fait aucune allusion à un effet favorable sur les prix. De sorte qu'en prenant les textes à la lettre, une entente de spécialisation restreignant la concurrence et pouvant avoir pour effet de faire obstacle à la baisse des prix de revient par le monopole qu'elle confère à chaque adhérent, et tombant de ce fait sous le coup de l'article 59 *bis*, devrait bénéficier de la justification prévue à l'article 59 *ter*. Mais, toute la jurisprudence de la Commission technique tend à ajouter une condition supplémentaire à celles que prévoit cet article : un effet favorable sur les prix. C'est ainsi que dans son rapport pour l'année 1957 (86), elle a clairement posé le principe suivant :

« Une entente qui fait état de résultats favorables obtenus grâce à elle en ce qui concerne la productivité de l'industrie en cause et l'abaissement de ses prix

(85) Dans ce sens, Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Chr. précit.* : *D.* 1963, p. 37.

(86) *Rapports* 1954-59, p. 32.

de revient ne saurait utilement s'en prévaloir pour revendiquer le bénéfice de l'art. 59 *ter* que si ces résultats profitent non seulement aux industriels membres de l'entente, mais aussi, pour une part importante et équitable, à leurs clients et à l'économie générale (87), ce qui suppose que l'abaissement des prix de revient s'accompagne d'un abaissement des prix de vente » (88).

On saisit dès lors toute l'importance de cette jurisprudence : elle consiste pratiquement à transporter du domaine de l'article 59 *bis* à celui de l'article 59 *ter* la condition d'un effet sur les prix : la condition d'un effet défavorable sur les prix, nécessaire pour appliquer l'article 59 *bis*, est devenue la condition d'un effet favorable à l'obtention du bénéfice de l'article 59 *ter*. Cette interprétation des textes repose sur le triple raisonnement suivant :

1° L'existence de l'entente au regard de l'article 59 *bis* se constate par référence à une notion abstraite de l'effet de certaines pratiques sur les prix de revient ou de vente. Pratiquement, toute mesure entravant la concurrence est susceptible d'avoir un tel effet.

2° Le bénéfice de l'article 59 *ter* est lié au résultat du bilan économique de l'entente : on compare la gravité de l'atteinte qui, en fait, est portée aux prix, avec les effets économiques favorables de l'entente, amélioration des débouchés et progrès économique. En outre, il n'est pas inutile de remarquer que, pour la Commission, le progrès économique reste inséparable de l'abaissement des prix de revient.

3° Le bénéfice de l'article 59 *ter* est accordé non pas seulement dans l'intérêt des industries en cause, mais aussi dans celui de la collectivité. De sorte qu'une possibilité de réduction des prix de revient ne saurait justifier l'application de cet article si elle n'est pas liée à une réduction effective des prix de vente.

En définitive, les deux méthodes d'appréciation de l'effet sur les prix trouvent leur justification naturelle, selon le point de vue auquel on se place pour considérer l'entente. Appréciation *in abstracto* de l'obstacle à l'abaissement des prix lorsqu'il s'agit de déterminer les ententes qui tombent sous le coup de l'ordonnance 45-1483; appréciation *in concreto*, différente dans chaque cas particulier selon les caractéristiques du marché étudié, lorsqu'il s'agit d'apprécier la gravité de cet obstacle (V. *Addendum*).

185. — On serait tenté, en conclusion, de penser que la Commission technique a sensiblement aggravé le caractère d'arme de lutte contre la hausse des prix que les rédacteurs des décrets du 9 août 1953 et du 24 juin 1958 ont conféré aux nouvelles dispositions relatives aux ententes. L'œuvre de la Commission a été en réalité plus subtile. Elle a contribué, d'une part, à dégager la notion d'entente éco-

(87) En italiques dans le texte.

(88) V. comme exemple d'application de ce principe, *Fabricants de verre plat* (*ibid.*, p. 36); *Industrie de la meunerie parisienne* (*ibid.*, p. 56); *Fabricants de meules et produits abrasifs agglomérés* (*ibid.*, p. 13); *Fabricants d'outils agricoles à main* (*ibid.*, p. 34).

nomique en la rattachant essentiellement à ses effets sur la concurrence. Elle a conféré d'autre part un caractère plus réaliste aux éléments qui commandent les mesures à prendre à leur égard : une entente ne saurait être pleinement justifiée que lorsque les avantages économiques qu'elle entraîne profitent « à ses clients et à l'économie générale ». La Commission a souligné à cette occasion (89) la similitude de cette solution avec celle qui est prévue à l'article 85 du traité CEE. Selon ses propres termes, « le droit positif français tend à se rapprocher sans cesse davantage de la lettre et de l'esprit des règles de concurrence stipulées aux articles 85 et suivants du traité de Rome ».

C'est ce qu'il importe de montrer en étudiant comment, en droit communautaire, s'opère la qualification d'une entente par rapport à ses effets.

SECTION II

LES EFFETS DE L'ENTENTE EN DROIT COMMUNAUTAIRE

186. — Selon l'article 65 CECA, les ententes prises en considération sont celles qui tendent « *sur le marché commun à empêcher, restreindre ou fausser le jeu normal de la concurrence...* » En des termes voisins, l'article 85 CEE vise les ententes qui ont pour objet ou pour effet « *d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun...* » Mais ce dernier texte comporte une condition supplémentaire : ces ententes doivent être « *susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres* ».

Atteinte à la concurrence à l'intérieur du marché, effet sur le commerce entre Etats, tels sont les deux points qu'il convient d'examiner.

§ 1. — *L'atteinte à la concurrence à l'intérieur du marché commun*

187. — Dès la mise en vigueur des Traités, de nombreuses controverses se sont élevées à propos de la notion de concurrence. Quelle portée fallait-il accorder à ce terme, si l'on voulait respecter les buts et principes des deux Traités ? La jurisprudence en cette matière est restée jusqu'ici malheureusement limitée. Si l'on excepte quelques décisions — au demeurant très rapidement formulées — rendues par la Haute Autorité à l'occasion de l'article 65 CECA (90), et quelques arrêts de juridictions allemandes rendus sur l'application de l'article 85 CEE, les cas d'espèce font pratiquement défaut. On ne peut que

(89) Rapport pour l'année 1957 : *Rapports* 1954-59, p. 32.

(90) La plupart des décisions prises par la Haute Autorité sur le fondement de l'art. 65 sont en effet relatives à l'autorisation d'ententes, telle qu'elle est prévue par l'alinéa 2 du même article et ne concernent pas directement la constatation d'une entrave à la concurrence.

procéder à une approche théorique du problème. Celle-ci n'en présente pas moins un intérêt certain.

Il est difficile de penser que l'on puisse distinguer utilement entre les trois termes « empêcher », « restreindre » et « fausser ». Ils ont une portée identique en ce qu'ils indiquent que la réalisation ou le maintien de la situation concurrentielle, qui est le principe, va se trouver affectée par le fonctionnement de l'entente. On peut, semble-t-il, s'en tenir au terme « fausser » dont la signification est la plus large. Cela se trouve du reste confirmé par le fait que dans le Traité CEE, l'article 3 *f* cite au titre des moyens de mise en œuvre de la Communauté, « l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun » (91).

Le principe est donc celui d'une interprétation très large. Toute pratique ayant une incidence défavorable sur la réalisation de la situation concurrentielle souhaitable pourra être retenue. Mais alors, que faut-il entendre par concurrence ?

188. — Des difficultés d'interprétation sont apparues à propos de l'article 65 CECA, du fait que ce texte se réfère au jeu *normal* de la concurrence. Selon KRAWIELICKI (92), il ne faudrait attacher à ce terme aucune signification particulière. La concurrence normale serait la concurrence telle qu'on l'entend ordinairement, ce qui correspondrait à la notion, généralement admise en Allemagne, de concurrence de prestation (93). On entend par là la lutte entre deux ou plusieurs concurrents en vue de la conclusion d'une affaire particulière et, d'une manière générale, de l'extension des débouchés, et dans laquelle le produit qui emporte la prépondérance est exclusivement celui qui est considéré comme le meilleur au point de vue de la qualité et des prix (94). On est alors en face d'une notion de pur droit privé, reposant sur les attitudes des entrepreneurs d'un même secteur de l'économie.

D'autres auteurs sont, au contraire, partis d'un point de vue différent. S'appuyant sur le principe que les concepts juridiques utilisés par les rédacteurs du Traité doivent être interprétés uniquement par référence aux buts propres de ce dernier et non par analogie avec les institutions de droit interne, ils ont observé que la notion de concurrence revêtait au regard du marché du charbon et de l'acier une signification très particulière. Comme nous avons déjà eu l'occasion de le signaler (95), l'instauration d'un régime d'économie de marché ne

(91) THIESING, *Handbuch für Europäische Wirtschaft*, T. I A, EWG Kommentar, p. 19.

(92) *Das Monopolverbot im Schumanplan*, Tübingen 1952, p. 20.

(93) Ce concept (der Leistungswettbewerb) a été mis en lumière par NIPPERDEY (*Wettbewerb und Existenzvernichtung*, 1930, p. 16 et s.; — *Deutscher Recht* 1950, p. 196).

(94) Das ist der Kampf zweier oder mehreren Konkurrenten um das Zustandekommen eines Geschäfts in einzelnen Fall und um Steigerung des Absatzes in allgemein, wobei ausschliesslich diejenige Leistung den Ausschlag gibt, die nach Qualität und Preis als die günstigste angesehen wird » (KRAWIELICKI, précit.).

V. aussi IVAY, *Montanunion und Exportkartelle*, WuW, 193, p. 577.

(95) V. *supra*, n° 50.

constitue qu'un moyen par rapport aux buts définis à l'article 2. La concurrence demeure certes le régime de principe, mais seulement dans des périodes normales. En cas de crise, en cas de période d'offre ou de demande exclusives, les objectifs du Traité ne peuvent être réalisés par la voie de la concurrence et il revient alors à la Haute Autorité un véritable pouvoir de réglementation du marché. En fait, l'article CECA qui prévoit que la Communauté « assure l'établissement, le maintien et le respect de conditions normales de concurrence et n'exerce une action sur la production et le marché que lorsque les circonstances l'exigent », annonce la possibilité de mesures dirigistes lorsque la concurrence s'avère impossible, c'est-à-dire, semble-t-il, lorsque n'est pas réalisé un équilibre approximatif entre l'offre et la demande. Bien plus, même au cours des périodes normales, les conditions particulières du marché du charbon et de l'acier justifient l'attribution aux organes de la Communauté de prérogatives absolument contraires à la notion de concurrence, telle qu'elle est admise ordinairement. Il en est ainsi du pouvoir de réglementation prévu à l'article 60.

Sous le bénéfice de cette observation, deux interprétations de l'expression *concurrence normale* ont été proposées :

1° On a estimé que la concurrence sur le marché du charbon et de l'acier ne devait pas être conçue d'une manière abstraite, mais que l'on devait forcément tenir compte des pouvoirs d'organisation et de direction du marché qui appartiennent à la Haute Autorité. Il s'agit seulement de la concurrence qui est compatible à un moment donné avec les mesures découlant de ces pouvoirs. Ainsi, pour F. W. JÉRUSALEM (96), la concurrence normale, c'est ce qui, dans le cadre des règles positives et des impératifs moraux, sert à réaliser le profit des divers concurrents (97). Plus précisément encore, selon KERN, il ne peut s'agir d'une concurrence pure, mais d'une concurrence loyale, mesurée, qui est limitée dans l'intérêt de la Communauté par un véritable pouvoir de direction et de contrôle de la Haute Autorité (98).

2° On a pensé par ailleurs que l'instauration d'un régime d'économie de marché devait être forcément progressive et qu'il fallait reconnaître au Traité une fonction double : la création puis le maintien du marché commun. Cela suppose que pour que la concurrence puisse être protégée, il faut déjà que soient créées des conditions d'une situa-

(96) *Das Recht der Montanunion*, Berlin 1954, p. 147.

(97) Normaler Wettbewerb ist alles, was in Rahmen geltender Ordnungen und sittlicher Bindungen dazu dient, im Kreise der Konkurrenten Gewinn zu erzielen.

(98) *Das Recht der Unternehmenszusammenschlüsse in der Montanunion*, Berlin-Francfort, 1955, p. 13. « Loyal, gemässiger Wettbewerb, welcher durch gewisse Steuerungs und Kontrollbefugnisse der Hohen Behörde in Interesse der Allgemeinheit beschränkt ist ». — V. aussi, *La CECA, Cahiers de la fondation nationale des sciences politiques*, n° 41, par un groupe d'études de l'Institut des relations internationales de Bruxelles, Paris, 1953, p. 292. « Le coût des investissements dans cette industrie et les fluctuations de la demande sont tels que la concurrence est malaisée, si elle n'est pas « normalisée », c'est-à-dire réglementée. »

tion concurrentielle sur le marché, ce qui nécessite une modification profonde de la situation antérieure. Ce n'est que lorsqu'une telle situation sera réalisée que la concurrence pourra être qualifiée de normale, et jusque là, l'article 65 CECA ne peut être utilisé. C'est ainsi que pour le Professeur H. KRONSTEIN, l'interprétation du Traité exige de savoir si « dans l'évolution économique réelle, on a déjà établi la relation entre les trois parties au marché — les entreprises, les Etats membres et la Communauté — d'une part, et la concurrence d'autre part, qui permette l'application de l'article 65 CECA dans la deuxième phase du Traité, qui est celle de la préservation du marché commun » (99). De sorte que l'article 65 donnerait une idée des relations entre les entreprises, les ententes et la Haute Autorité dans le cadre de la concurrence prévue par le Traité, non pas dans leur état actuel, mais dans leur état futur, lorsque le marché commun sera véritablement réalisé. Or, il ne peut faire de doute que les conditions réelles pour l'existence d'une concurrence normale, dans le sens d'un état définitif, ne sont pas encore assurées.

189. — En face de ces tendances diverses, il semblerait essentiel de connaître exactement le contenu de l'expression *concurrence normale*, car il est bien évident qu'il commande directement la qualification des pratiques qui faussent la concurrence. Il apparaît cependant que les thèses avancées ne sont pas inconciliables. Il est vrai que l'article 65 ne peut pas être interprété isolément, sans tenir compte d'une part des buts du Traité et, d'autre part, des différents pouvoirs accordés à la Haute Autorité. L'article 65 ne constitue qu'une pièce dans l'ensemble des dispositions qui président à la politique économique de la Communauté. Mais les partisans d'une interprétation réaliste de la concurrence possible n'ont pas tenu compte d'un point essentiel, à savoir que cette politique est fixée dans ses principes par le Traité lui-même et dans son application par un véritable pouvoir de décision de la Haute Autorité.

Cette distinction évidente permet une interprétation satisfaisante de l'article 65. En matière de concurrence, le principe est posé dans l'article 2, 2^e alinéa. La Communauté doit réaliser l'établissement progressif des conditions assurant par elles-mêmes la répartition la plus rationnelle de la production au niveau de productivité le plus élevé, tout en sauvegardant la continuité de l'emploi et en évitant de provoquer, dans les économies des Etats membres, des troubles fondamentaux et persistants — et, dans l'article 5, 4^e alinéa, la Communauté assure l'établissement, le maintien et le respect de conditions normales de concurrence et n'exerce une action directe sur la production et le

(99) *Portée des règles de concurrence dans le cadre général des Traités instituant la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier et la Communauté Economique Européenne*, in *Cartels et monopoles dans le droit moderne*, Rapports établis pour les droits européens et américains, nationaux et internationaux, pour la conférence internationale sur le droit des ententes tenue à Francfort-sur-le-Main au mois de juin 1960, Karlsruhe, 1961, T. I, p. 111.

marché que lorsque les circonstances l'exigent. A l'égard des ententes, le principe est posé dans l'article 65-1°. Les accords qui tendent à fausser le jeu normal de la concurrence sont interdits. En revanche, la mise en œuvre de ces principes, mise en œuvre progressive et nuancée, est laissée à la Haute Autorité. Selon l'article 65-2°, en particulier, cette dernière dispose d'un droit d'autorisation des ententes qui comporte pour son utilisation une marge de pouvoir discrétionnaire.

Or, le principe — l'interdiction des ententes — ne peut pas être progressif. Il ne peut pas non plus être analysé comme un concept de portée variable, compte tenu de la conjoncture économique et des pouvoirs d'intervention sur le marché qui sont reconnus à la Haute Autorité. En tant que principe, il constitue une norme abstraite et invariable. C'est au contraire sa mise en œuvre par le jeu des autorisations, reposant sur un pouvoir d'appréciation laissé à la Haute Autorité, qui permet l'adaptation nécessaire du droit au fait. C'est à la Haute Autorité qu'il appartient de décider si, compte tenu de la réalisation plus ou moins avancée des conditions permettant le jeu de la concurrence, l'autorisation d'une entente sera accordée ou refusée, ou assortie de conditions particulières. Les conditions d'octroi de l'autorisation qui sont prévues par l'article 65-2° laissent place à une marge d'appréciation étendue.

Cette distinction est importante, car elle montre comment la notion de concurrence doit être entendue différemment selon qu'il s'agit du principe contenu dans l'article 65-1° ou de sa mise en œuvre prévue dans l'article 65-2°. A la *concurrence normale* visée par le premier alinéa, s'oppose la *concurrence effective* évoquée dans le deuxième. La concurrence normale, qui sert de fondement au principe de l'interdiction, ne peut être qu'une notion d'ordre abstrait, indépendante des circonstances économiques particulières. Elle repose sur l'indépendance et la liberté dont doivent disposer les entrepreneurs lorsqu'ils prennent leurs décisions. L'atteinte à la concurrence normale doit s'entendre de toute pratique qui restreint cette indépendance et cette liberté, en transférant à d'autres le contrôle des décisions dont disposent normalement des dirigeants d'une entreprise. La concurrence effective, qui doit être mise en œuvre par la Haute Autorité, est, au contraire, une notion contingente, variable, qui dépend étroitement de la structure du marché du charbon et de l'acier et, à un moment donné, des possibilités d'équilibre de l'offre et de la demande. Et l'on s'explique ainsi pourquoi l'article 65 prévoit que l'autorisation peut être accordée pour une période limitée. Les ententes économiques qui, dans le secteur du charbon et de l'acier, relèvent de l'application de l'article 65 CECA, sont en définitive toutes celles qui faussent le jeu normal de la concurrence, au sens le plus large, en portant atteinte à l'indépendance de leurs membres dans l'ordre économique.

190. — Les mêmes difficultés ne semblent pas devoir se retrouver à propos de l'article 85 CEE, dans lequel les rédacteurs n'ont pas qualifié de normal le jeu de la concurrence. Il est beaucoup plus im-

portant encore de remarquer que les règles du Traité, dans leur ensemble, confèrent à la concurrence un rôle d'une portée bien plus générale que celle qui lui est accordée par le Traité CECA. La comparaison des articles 3 CEE et 3 CECA est parfaitement significative sur ce point. Corrélativement, la Commission de la CEE ne dispose pas des pouvoirs d'intervention directe sur le marché qui sont l'attribut de la Haute Autorité de la CECA. Enfin, le marché commun institué par le Traité de Rome englobe les activités économiques les plus diverses, ce qui interdit de prévoir *a priori* comment la concurrence pourra y fonctionner de manière générale. Pour toutes ces raisons, on peut affirmer que le concept de concurrence se trouve ici très proche de ce qu'il apparaît dans les diverses législations tendant à assurer le fonctionnement d'une économie de marché. « Les articles 85 à 90 doivent garantir le droit de la libre concurrence. Leur but est d'empêcher, dans l'intérêt commun, les atteintes portées à la concurrence » (100).

191. — On a cependant fait valoir qu'une interprétation menée à la lumière des buts du Traité commandait une distinction entre deux fonctions distinctes des règles de concurrence. D'une manière générale, certaines règles posées par le Traité ont pour objet la réalisation du marché commun, — ainsi celles qui gouvernent la suppression des barrières douanières et des contingentements — tandis que certaines autres supposent pour leur application intégrale que le marché commun soit un fait acquis — ainsi celles qui commandent la politique de la Communauté. On en conclut que « l'interprétation et l'application des principes juridiques se modifient selon que l'on veut tout d'abord créer le marché commun à l'aide de ces règles ou que l'on veut ensuite le conserver » (101). Le concept de concurrence apparaîtrait donc dans l'article 85 comme doté d'un contenu variable selon l'état d'achèvement du marché commun, et il faudrait tenir compte de ce fait dans l'appréciation des pratiques qui faussent le jeu de la concurrence.

Cette théorie a reçu un nouveau perfectionnement dans le remarquable ouvrage de MM. COING, KRONSTEIN et SCHLOCHAUER (102) et dans un article du Professeur STEINDORFF (103). Ces auteurs partent du fait que la mise en œuvre du Traité qui aura pour effet un bouleversement profond des structures des pays membres, ne saurait se faire

(100) THIESING, *EWG-Kommentar* précit., p. 4.

« Die Artikel 85-90 sind kartellrechtliche Vorschriften die das Recht der Wettbewerbsfreiheit schützen sollen. Ihr Ziel ist es, Verfälschungen des Wettbewerbs in Interesse der Allgemeinheit zu verhindern. »

(101) KRONSTEIN, *op. cit.*

(102) *Das Verhältnis des deutschen Kartellrecht zu den kartellrechtlichen Vorschriften über die Gründung der europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, Band 7 der Schriften des Institutes für Ausländisches und Internationales Wirtschaftsrecht, Frankfurt a. Main, 1958.

(103) *Das Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen in der Aufganzeit der EWG* : BB., 1958, 89.

d'une manière brutale. C'est pour cela que l'article 8 du Traité prévoit une période transitoire de douze à quinze ans. Les buts considérés comme définitifs — ainsi la suppression des droits de douane et des restrictions quantitatives, l'établissement d'un tarif extérieur commun, la libéralisation des mouvements de capitaux, etc. — doivent être atteints à l'expiration de cette période transitoire. Les obligations qui correspondent pour les pays membres à la réalisation de ces objectifs ne peuvent donc recevoir qu'une application progressive. Mais à côté de cela, il est d'autres obligations qui entrent en vigueur immédiatement, car elles sanctionnent le principe général suivant lequel la situation constatée au moment de la conclusion du Traité ne peut pas être affectée par les Etats membres dans un sens préjudiciable à la Communauté. En somme, la réalisation du marché commun n'interdit pas que les obligations prévues dans ce but soient concrétisées progressivement au cours des stades successifs, mais elle suppose que les participants s'obligent immédiatement à ne rien faire qui soit préjudiciable au développement de la Communauté.

Or, la mise en œuvre des objectifs du Traité peut être entravée non seulement par l'action des Etats membres mais aussi par des mesures d'origine privée. On ne peut pas se contenter d'obliger les Etats à ne rien faire qui doive faire obstacle à l'érection du marché commun. Un accord entre entreprises peut aboutir à remplacer la disposition légale qui existait jusque là en leur faveur et qui vient d'être rapportée. C'est ainsi que l'on voit apparaître la double fonction de l'article 85 et les deux significations possibles de l'atteinte au jeu de la concurrence.

1° Il existe une fonction générale — celle qui est d'ailleurs formulée dans l'article 3 — et qui fait de la concurrence le moyen d'aboutir aux buts du Traité, puis de préserver une économie de marché après l'expiration de la période transitoire. Cette fonction doit être mise en jeu d'une façon progressive.

2° Il existe une fonction limitée qui tend à protéger la construction du marché commun contre les troubles provenant des ententes et qui tendraient à remplacer les réglementations officielles supprimées. Cette fonction, conformément au principe qui marque tout le Traité, doit jouer d'une façon immédiate.

192. — Il est certain que la thèse avancée contient une grande part de vérité. Elle repose sur une idée exacte, à savoir que tout autant que la suppression des droits de douane ou des restrictions quantitatives, la mise en œuvre d'une politique antitrust à l'échelon communautaire ne saurait être que progressive. Le Conseil des ministres s'est du reste montré sensible à ce principe, lorsqu'il a admis, dans le règlement d'application du 6 février 1962, qu'il y avait lieu de prévoir provisoirement pour certaines catégories d'accords un régime présentant une certaine souplesse, mais sans que cela préjuge la validité

de ces accords au regard de l'article 85 (104). Il est certain en outre que les accords entre entreprises qui tendraient à reconstituer les barrières institutionnelles sont parfaitement inadmissibles. Seulement, il nous semble que les partisans de l'application progressive ont outre-passé les termes du Traité lorsqu'ils ont tiré les conséquences des principes qu'ils venaient de dégager. *Aucune disposition ne laisse entendre que les concepts utilisés dans l'article 85 aient un contenu variable.*

Comme nous l'avions remarqué pour l'article 65 CECA, il faut opérer une distinction entre les principes d'une part, qui doivent servir de guide à l'action des organes de la Communauté, et qui, présentant un caractère véritablement normatif, sont insusceptibles de varier au gré des circonstances, et la mise en application de ces principes, d'autre part. C'est la Commission qui est chargée par le jeu des autorisations qu'elle peut accorder à certaines ententes, de veiller à une application des règles de concurrence qui soit progressive, c'est-à-dire en harmonie avec l'état de réalisation du marché commun. Cela signifie que l'article 85-1°, dont l'objet est de déterminer les ententes qui tombent sous le coup du Traité et de poser leur incompatibilité de principe avec le marché commun, doit être considéré comme une norme abstraite et dotée d'un contenu définitif. En revanche, l'application de l'article 85-3 comporte une marge d'appréciation qui relève d'un véritable pouvoir confié à l'organe chargé d'accorder l'autorisation, c'est-à-dire, depuis l'adoption du premier règlement d'application, la Commission elle-même (105). L'autorisation reste, bien entendu, soumise aux conditions que pose l'article 85-3, mais elle dépend aussi de la *gravité* de l'atteinte qui est portée à la concurrence et au commerce entre Etats. L'appréciation de cette gravité comme la constatation que l'entente contribue ou non à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, relève pour une large part de la pure politique économique et constitue, dans cette mesure, une question d'opportunité.

Nous admettons donc au regard de l'article 85-1 CEE une définition de la concurrence absolument semblable à celle qui a été retenue à l'égard de l'article 65-1 CECA. Toute atteinte portée à l'indépendance de décision dont dispose normalement une entreprise doit être considérée comme faussant le jeu de la concurrence. C'est du reste, semble-t-il, à ce critère très large des atteintes à la concurrence que se sont ralliées les quelques décisions rendues par les autorités admi-

(104) Règlement du 6 février 1962, exposé des motifs. « Considérant toutefois, d'une part, que ces accords, décisions et pratiques concertées sont vraisemblablement très nombreux et ne pourront donc pas être examinés simultanément et, d'autre part, que certains d'entre eux revêtent des caractères particuliers qui peuvent les rendre moins dangereux pour le développement du marché commun ; considérant qu'il y a lieu, par conséquent, de prévoir provisoirement, pour certaines catégories d'accords, décisions et pratiques concertés, sans préjuger leur validité au regard de l'art. 85, un régime plus souple. »

(105) Règlement du 6 fév. 1962, art. 9.

nistratives ou judiciaires chargées en Allemagne d'appliquer l'article 85 en vertu de la disposition transitoire de l'article 88, les seules qui aient eu à trancher le problème du fond. Ainsi, le 23 août 1960, le Bundeskartellamt, statuant à propos de l'admission d'un cartel d'exportation, a estimé que le jeu de la concurrence se trouvait faussé sur le marché commun par le fait que les clients français, hollandais et luxembourgeois se trouvaient non plus en face de trois entreprises allemandes indépendantes, mais d'un comptoir de vente unique (106).

193. — Cette interprétation de l'atteinte à la concurrence visée aux articles 65-1° CECA et 85-1° CEE fait apparaître la portée exacte des exemples qui suivent chacune des dispositions de principe. L'article 65 CECA indique comme types particuliers de pratiques qui tendent à fausser le jeu normal de la concurrence, celles qui consistent à fixer ou déterminer les prix — à restreindre ou à contrôler la production, le développement technique ou les investissements, à répartir les marchés, produits, clients ou sources d'approvisionnements. Ces trois exemples sont repris par l'article 85 CEE, mais les rédacteurs en ont ajouté deux autres : appliquer à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence, et subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats. Il faut admettre que ces pratiques ne sont pas seulement susceptibles de fausser le jeu de la concurrence, mais qu'elles ont toujours, par elles-mêmes, ce résultat, sans qu'il soit besoin de rechercher leur degré d'efficacité. C'est uniquement en analysant les relations des adhérents entre eux et les obligations qu'ils souscrivent et non en procédant à une étude concrète des conditions particulières du marché sur lequel elles s'exercent que ces pratiques peuvent être qualifiées d'atteintes à la concurrence. La recherche de leur efficacité et du rôle exact qu'elles jouent sur le degré de concurrence effective qui règne sur le marché relève d'un problème tout différent : celui de savoir si l'entente peut échapper à la prohibition de principe et bénéficier des autorisations prévues par les articles 65-2° CECA et 85-3° CEE.

194. — Il convient de remarquer enfin que, selon les deux Traités, si les pratiques en cause doivent fausser le jeu de la concurrence, il s'agit toujours de la concurrence *sur le marché commun*. Cette précision ne signifie pas que les membres de l'entente doivent être des ressortissants de l'un ou de plusieurs des six pays membres; pour comprendre sa portée, il faut s'attacher à cette idée que les pratiques exercées par l'entente sont qualifiées par référence à leurs effets. Les pratiques

(106) Bkarta. 23 août 1960 : *WuW*, 1960, 805 (241). D'autres décisions ont cependant étudié le problème en remarquant que, les conditions de l'art. 85-3 étant de toute manière réalisées, il n'était pas nécessaire de décider si et dans quelle mesure l'accord à propos duquel elles étaient rendues portait atteinte à l'art. 85-1° (Bkarta. 20 juin 1960 : *WuW*, 1960, 868, 254).

restrictives de concurrence qui sont visées par l'article 85 sont celles qui produisent leur effet sur le marché commun, c'est-à-dire sur des opérations de production, d'échange ou de prestation de services qui se réalisent à l'intérieur de la Communauté européenne. Il en découle que les ententes qui ont pour objet des opérations commerciales avec des entreprises exerçant leur activité en dehors de la zone géographique du marché commun ne rentrent pas dans le domaine d'application des articles 65 CECA et 85 CEE. Il en va ainsi des cartels d'exportation, qui n'intéressent pas les échanges ou les prestations de service à l'intérieur de la communauté (107).

Mais cette exception doit être interprétée restrictivement (108). Si un cartel réglemente la production en vue de l'exportation, il est douteux qu'il échappe totalement à l'article 85 car il comporte des répercussions sur les opérations commerciales soumises à l'intérieur de la communauté au régime de l'économie de marché (109). De même, un cartel d'importation, même dirigé contre les entreprises relevant des Etats tiers, comportera toujours un effet sur la concurrence à l'intérieur du marché commun. En tout cas, la nécessité d'une atteinte à la concurrence sur le marché commun pour que soit applicable les articles 65 CECA et 85 CEE est inséparable de cette idée que les règles de concurrence ne sont qu'un moyen pour parvenir à la réalisation et au maintien des deux communautés européennes; elles ne sont pas des fins en soi. Ce dernier aspect prend une valeur accrue dans le Traité CEE, dont l'article 85 ne concerne que les ententes qui affectent le commerce entre Etats membres.

§ 2. — *Les ententes qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres*

195. — L'article 65 CECA s'applique à toutes les ententes qui faussent le jeu de la concurrence sur le marché commun du charbon et de l'acier. L'article 85 CEE, au contraire, ne vise que celles qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres. Dans quel cas va-t-on pouvoir dire qu'une entente est dotée d'un tel effet? Ici encore, il s'agit d'un effet possible et non d'un effet qui doit être constaté. Cette possibilité doit donc être appréciée par le juge saisi d'un cas d'entente à partir des pratiques effectivement suivies, en cas d'action concertée, et à partir du contenu des accords en cas d'entente reposant sur un contrat. D'autre part, on a fait remarquer une différence de terminologie entre le texte en langue française d'un côté et les textes en langue allemande, italienne et néerlandaise d'un autre côté. Le terme français « *affecter* » s'oppose aux termes « *beeinträchtigen* », « *pregiudicare* » et « *ongunstig* », qui supposent une

(107) Dans ce sens, WOHLFARTH, EVERLING, GLÄSNER, SPRUNG, *Die EWG, Kommentar* précit., p. 244.

(108) H. SCHUMACHER, *Réflexions sur l'interdiction des ententes visées par l'art. 85 du Traité instituant la CEE* : *Dr. soc.* 1961, p. 67.

(109) Comp. BkartA 3 mai 1960 : *WuW*, 583 (197).

influence négative ou défavorable sur le commerce. Selon l'interprétation généralement admise, c'est ce dernier sens qui doit être préféré (110). Il en résulte que ne tomberait pas sous le coup de l'article 85, une entente qui aurait pour effet de développer le commerce entre les pays membres. L'intérêt pratique de cette remarque est vraisemblablement très réduit.

196. — Il est beaucoup plus important de déterminer quelles seront les pratiques susceptibles d'affecter le commerce. Ici, deux thèses, l'une restrictive, l'autre extensive, se présentent. Selon la thèse la plus restrictive, il faudrait admettre seulement un effet *direct* sur le commerce entre Etats. Cela conduirait à ne viser que les ententes qui ont pour objet l'exportation ou l'importation. Mais il est évident que des ententes à effet purement interne peuvent aboutir à des résultats identiques. Une entente ayant pour objet de s'assurer des exclusivités d'achat de la part de la clientèle nationale peut en fait paralyser l'importation de produits concurrents; une entente de prix peut, en conférant à ces derniers un niveau élevé, restreindre considérablement l'exportation.

On est alors conduit à admettre une thèse extensive suivant laquelle l'article 85 s'applique aux ententes qui ont un effet indirect sur le commerce entre Etats (111). Mais il est à craindre alors que l'on ne puisse poser aucune limite dans l'interprétation. On devra admettre qu'une entente sera susceptible d'avoir un effet sur le commerce lorsqu'il ne sera pas exclu que l'entente puisse empêcher une seule opération commerciale entre Etats (112). L'exigence posée par l'article 85 n'aurait plus aucune signification. On doit s'en tenir à une conception intermédiaire, qui n'englobe que les ententes qui effectivement peuvent jouer un rôle d'une certaine importance « *sur un marché réel ou potentiel débordant les frontières de l'Etat membre* » (113). Et comme ce type de marché est appelé à se développer à mesure que le marché commun avancera dans sa réalisation, les possibilités pour une entente d'affecter le commerce entre Etats se multiplieront (114).

Nous nous trouvons donc ici en face d'une notion de fait, qu'il appartiendra de trancher dans chaque cas particulier, selon les circonstances. D'une manière générale, on peut dire que les ententes d'exportation ou d'importation, ou encore les ententes réunissant des entreprises ressortissant d'Etats membres différents, affectent le commerce entre Etats. Mais de nombreuses autres peuvent avoir en fait le même résultat.

(110) H. SCHUMACHER, *Réflexions sur l'interdiction des ententes*, art. précit., p. 69; — WOHLFATH, EVERLING, GLAESNER, SPRUNG, *Kommentar*, p. 243.

(111) SPENGLER, *Abgrenzung zwischen den GWB und den Vorschriften für Unternehmen in EWG-Vertrag* : *WuW* 1958, 73 et 461.

(112) H. SCHUMACHER, art. précit., p. 69.

(113) H. SCHUMACHER, *ibid.*

(114) E. GÜNTHER, *Die Regelung des Wettbewerbs im Vertrag zur Gründung der EWG* : *WuW* 1957, 275.

197. — Il apparaît alors que la condition d'un effet sur le commerce entre Etats, que pose l'article 85 CEE pour son application, n'est pas un élément essentiel dans la définition de l'entente. Tous les accords qui entravent le jeu de la concurrence peuvent avoir, selon les circonstances, un tel effet. Il ne s'agit donc que d'une *condition d'application* des règles posées par le Traité CEE, étrangère à la nature profonde de l'entente économique.

198. — Il est donc finalement possible d'opérer une distinction fondamentale entre les divers effets que peut entraîner une entente sur le marché.

1° Un seul effet est véritablement essentiel au concept d'entente économique : c'est celui d'une atteinte à la concurrence; la concurrence étant alors entendue comme un schéma abstrait, indépendant des conditions spécifiques du marché sur lequel l'entente exerce son activité.

2° Les autres effets se rapportent :

— soit aux conditions d'application des dispositions légales ou réglementaires qui visent certaines ententes. Ainsi l'article 419 ne s'appliquera qu'aux ententes qui sont dirigées contre des tiers ou qui visent à l'accaparement; l'article 85 CEE ne concerne que les ententes qui peuvent affecter le commerce entre Etats membres; les articles 65 CECA et 85 CEE ne visent que les ententes qui affectent la concurrence à l'intérieur du marché commun;

— soit au traitement dont l'entente sera l'objet. L'effet sur les prix va commander partiellement le jeu de l'exemption qui est posée par l'article 59 *ter* de l'ordonnance 45-1483; le degré d'atteinte à la concurrence effective qui, selon un point de vue de politique économique, doit régner sur le marché considéré, jouera le même rôle; l'effet possible sur la réalisation du marché commun, à tel moment déterminé, commandera en partie l'autorisation prévue par les articles 65-2° CECA et 85-3° CEE.

Les effets de la seconde catégorie devront être appréciés en fait selon les circonstances particulières. En revanche, celui de la première catégorie doit pouvoir être déterminé *a priori* avec une certitude suffisante, que le principe de la sécurité des relations juridiques rend indispensable. A cet égard, sans prétendre épuiser tous les cas qui peuvent se présenter en pratique, on peut tenter de présenter une énumération des principales restrictions à la concurrence.

CHAPITRE III

CONTENU DE LA DEFINITION PROPOSEE

199. — Il résulte de ce qui précède que la notion de concurrence doit être entendue d'une manière identique lorsqu'il s'agit de savoir si un groupement constitue une entente économique au regard de l'article 59 *bis* de l'ordonnance relative aux prix, de l'article 65 CECA ou de l'article 85 CEE (1). Il résulte également que l'on doit considérer comme des entraves à la concurrence toutes les pratiques qui limitent une entreprise indépendante dans sa liberté d'action,

— soit en réalisant le transfert, à une ou plusieurs autres entreprises, du contrôle qu'elle détient normalement sur les conditions de sa production, de ses approvisionnements ou de la commercialisation de ses produits;

— soit en lui imposant une situation défavorable par rapport à celle qu'occupent d'autres entreprises de la même branche d'activité, dans la production, les approvisionnements ou la commercialisation des produits.

Quelles sont dès lors les pratiques qui rentrent dans le champ de cette définition ? Il est essentiel de distinguer entre les ententes qui réunissent des entreprises appartenant au même secteur d'activité et celles qui lient des entreprises occupant des positions différentes dans le processus de production et de distribution d'un même bien ou service. Il est généralement convenu d'opposer ces deux catégories en les qualifiant d'« horizontales » et de « verticales ».

§ 1. — *Les ententes horizontales*

Ces ententes ont pour objectif soit de restreindre la concurrence qui règne normalement entre les adhérents, soit d'imposer à un tiers une situation défavorable dans la concurrence.

(1) En revanche, la jurisprudence utilise pour l'application de l'art. 419 C. pén. une conception beaucoup plus étroite de la concurrence. L'art. 419 ne s'applique donc qu'à certaines ententes parmi celles que définissent les art. 59 *bis* de l'ord. 45-1483, 65 CECA et 85 CEE.

A. — Les limitations de concurrence entre les membres de l'entente

200. — *a)* Au stade des *approvisionnement*s. Les membres de l'entente perdent leur indépendance de décision en limitant leurs approvisionnement en quantité par un système d'attribution de quotas. Ils peuvent également fixer les prix au-dessous ou au-dessus desquels ils ne pourront pas s'approvisionner; ils peuvent de même établir les conditions particulières auxquelles ils soumettront leurs achats. Enfin, l'entente peut aboutir à la création d'un comptoir d'achat qui prendra en charge les approvisionnements, soit directement, soit par des répartitions de commandes entre les fournisseurs.

b) Au stade de la *production*. Constituent alors des limitations de concurrence toutes les pratiques qui aboutissent à l'attribution de quotas de production, ou à la spécialisation de chaque adhérent dans une production particulière. Il faut y ajouter tous les mécanismes qui tendent à garantir le respect de ces pratiques : commandes de compensation, pénalités pour avance, indemnités pour retard, ou établissement de statistiques. Les décisions que prendrait l'entente pour la fermeture de certaines usines ou la cessation de certaines activités doivent, avec les compensations financières qui en sont le complément, être rangées dans la même catégorie. De même les ententes qui auraient pour objet la limitation de droits de propriété industrielle.

La production peut enfin être réglementée par l'adoption de normes ou de types que doivent respecter les adhérents.

c) Au stade de la *commercialisation*. La limitation affecte alors soit les prix et conditions de vente, soit les débouchés, soit le volume des ventes.

En ce qui concerne les prix, tous les systèmes qui tendent à soustraire les conditions de l'offre à la décision des adhérents, tels que l'application de barèmes ou de listes, doivent être considérés comme des entraves à la concurrence. Il en va de même à l'égard des barèmes de prix « proposés » qui seraient en fait respectés par les commerçants. La limitation peut également concerner les ristournes et rabais accordés à la clientèle, les conditions de livraisons, l'octroi de crédits et d'escomptes.

En ce qui concerne les débouchés, l'entente peut aboutir à un partage de clientèle, sur une base géographique ou autrement. Elle peut freiner les mutations de clientèle en pénalisant l'entreprise qui acquiert de nouveaux débouchés au préjudice d'un concurrent. Mais ce sont surtout les comptoirs de vente qui limiteront l'indépendance des adhérents, soit en constituant l'intermédiaire unique pour toutes les opérations commerciales, soit en effectuant une répartition des commandes.

Les ententes de partage de bénéfices, enfin, limitent la commercialisation en supprimant l'intérêt que pourrait avoir un adhérent à maintenir son chiffre d'affaires au-delà d'un certain volume.

B. — Les ententes dirigées contre des tiers

201. — Ces ententes résultent également de limitations qui sont apportées à l'indépendance des adhérents, mais elles affectent la situation que des tiers peuvent détenir normalement en face de la concurrence.

a) Les pratiques les plus caractéristiques seront celles qui tiennent de la concurrence déloyale. Dans cette mesure, la concurrence déloyale prend place dans le droit commun des règles de concurrence. Il est évident qu'une entente qui impose à ses membres des pratiques purement dolosives à l'égard d'autres entreprises a pour objet de fausser le jeu de la concurrence.

b) L'entente peut viser à l'élimination d'une entreprise tierce en obligeant les adhérents à pratiquer à son égard des refus de vente ou d'autres mesures discriminatoires en matière de prix ou de conditions générales de vente.

c) Elle peut enfin limiter la concurrence sur un marché qu'elle ne contrôle qu'indirectement par l'intermédiaire de ses fournisseurs ou de ses clients. A l'égard des fournisseurs, elle peut imposer à ses membres de consentir des concessions exclusives d'achats. A l'égard des clients, elle peut prévoir des prix de revente imposés, des concessions exclusives de vente, des interdictions de revente en l'état des produits livrés, des restrictions diverses, accessoires à la cession de droits de propriété industrielle, des interdictions d'exporter. Toutes ces mesures dont la mise en œuvre est imposée aux membres de l'entente peuvent avoir pour effet de limiter la concurrence, sur un marché donné, en limitant arbitrairement l'indépendance des tiers. Elles n'atteignent plus des entreprises placées par rapport à l'entente au même niveau dans la production ou la distribution. Cependant, la décision est encore prise par une entente de type horizontal. L'accord vertical, au contraire, lie généralement deux entreprises situées à des niveaux différents et qui procèdent entre elles à des opérations commerciales.

§ 2. — Les ententes verticales

202. — Le problème se pose de savoir si un accord conclu entre deux commerçants, dont l'un a la qualité de fournisseur et l'autre de client, et qui limite l'indépendance de l'un d'eux peut être considéré comme une entente au sens de l'article 59 *bis* de l'ordonnance du 30 juin 1945, ou des articles 65 CECA et 85 CEE (2).

(2) V. JEANTET, *Réflexions sur l'application du droit des ententes aux contrats comportant une clause d'exclusivité* : JCP. 63, I, 1743 ; — STEINDORFF, *Vertikale Preisbindung im Gemeinsamen Markt der EWG* : *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* 1961, p. 182 et 226. — WERDT, *Zur Frage der Anwendung von Art. 85 des EWG-Vertrages auf Individualverträge* : *WuW.* 1962, 583.

Ces accords sont caractérisés par trois éléments essentiels :

1° En ce qui concerne les parties à l'accord : celles-ci exercent des activités différentes dans la chaîne de production ou de distribution.

2° En ce qui concerne la cause des obligations : il n'existe pas d'intérêt véritablement commun aux deux parties. Les causes des obligations ne sont pas identiques (3). Le premier élément est à lui seul insuffisant pour qualifier l'accord vertical, car des ententes horizontales peuvent englober en réalité des entreprises exerçant des activités différentes (4). Le second est au contraire déterminant, il donne à l'accord son caractère synallagmatique.

3° Enfin, dans l'accord vertical les obligations restrictives de concurrence accompagnent souvent un contrat principal de vente, de bail ou de cession de droits de propriété industrielle.

Les exemples les plus caractéristiques sont ceux de la revente à prix imposé, de la concession exclusive d'achat ou de vente, de la vente couplée — qui subordonne la vente d'un produit à l'achat concomitant d'un autre produit sans rapport normal avec le premier —, de l'interdiction d'exporter ou de revendre des produits en l'état, des diverses restrictions purement économiques qui peuvent accompagner les cessions de licence de brevet.

Ces contrats vont-ils être considérés comme des ententes économiques ?

203. — En droit français, l'article 419 du Code pénal n'a jamais été appliqué à ce type d'accord. Avant 1926, cela était manifestement impossible puisque le texte s'appliquait aux principaux détenteurs d'une même marchandise. Depuis la loi du 3 décembre 1926, les termes très larges du texte ne s'opposeraient sans doute pas à son application à moins que l'on soutienne que les termes « réunion » et « coalition » sous-entendent l'intérêt commun, la cause unique qui unit tous les adhérents. Quoi qu'il en soit, les juridictions pénales ou civiles, n'ont jamais songé à appliquer l'article 419 au cas d'accord vertical. D'un autre côté, en ce qui concerne l'ordonnance 45-1483, le problème se réduit considérablement, car la plupart des pratiques verticales sont visées par l'article 37. Il importe peu de savoir si elles tombent théoriquement sous le coup de l'article 59 *bis*, car les dispositions de l'article 37 se présentent de toute évidence comme une « *lex specialis* », dérogeant aux dispositions générales relatives aux ententes. Le problème

(3) Selon la terminologie allemande, l'accord vertical est désigné par le terme « *Individualvertrag* ».

(4) Dans ce cas, rien sur le plan juridique ne permet de distinguer ce type d'entente du cas ordinaire où seules des entreprises comparables s'unissent. V. ainsi, à propos de l'application de l'art. 419 C. pén. : Lyon 9 mai 1893 : *G.P. Tables* 1892-1897 V° Libert. com. n° 196 et s.; — Lyon 21 avril 1896 : *S.* 1896, 2, 164; — Paris 14 janv. 1902 : *D.* 1903, 2, 297, note PERCEROU. — A propos de l'art. 59 *bis* de l'ordonnance 45-1483, l'avis rendu par la Commission technique dans l'affaire Industrie du magnésium, *Rapports* 1954-1959, p. 10.

ne se pose en fait qu'à l'égard des concessions d'exclusivité qui ne sont pas visées par l'article 37 (5).

Or, la jurisprudence a généralement reconnu la validité des ventes par concessionnaires exclusifs (6). Après le décret du 9 août 1953, puis le décret du 24 juin 1958, le problème de sa validité pouvait être soulevé au regard de la prohibition du refus de vente figurant dans l'article 37-1°-a de l'ordonnance du 30 juin 1945 (7). A cet égard les arrêts qui ont eu à trancher la question, ont conclu à la licéité du contrat d'exclusivité, soit en faisant valoir l'absence dans la loi de toute disposition l'interdisant expressément, soit en traitant le contrat comme une conséquence de la protection qui est reconnue aux marques de fabrique. D'un autre côté, les arrêts décidaient que l'existence du réseau de concessionnaires exclusifs justifiait le refus de vente opposé aux tiers (8). Certains arrêts plus récents ont cepen-

(5) La loi du 14 octobre 1943 limite à dix ans la durée de validité des clauses d'exclusivité par lesquelles un acheteur, concessionnaire ou locataire de biens meubles s'engage vis-à-vis de son vendeur, cédant ou bailleur, à ne pas faire usage d'objet semblables ou complémentaires en provenance d'un autre fournisseur. Mais cette loi ne peut faire préjuger en rien le problème de l'application des art. 59 *bis* et s. Si l'on estimait que ces dernières dispositions concernent les clauses d'exclusivité, il y aurait lieu de conclure non à l'abrogation tacite de la loi du 14 octobre 1943 mais à la limitation de son domaine : elle s'appliquerait dans les cas où la concession exclusive obtiendrait le bénéfice de l'art. 59 *ter* de l'ordonnance sur les prix.

(6) Avant le décret du 9 août 1953, la jurisprudence était bien établie en ce sens. Cass. 1^{er} août 1934 : *GP.* 1934, 2, 640; — Paris 17 déc. 1932 : *GP.* 1933, 1, 290, et 21 oct. 1936 : *GP.* 1936, 2, 903; *S.* 1937, 2, 225. — De même, il était admis que le contrat d'exclusivité était opposable aux tiers dès qu'il pouvait être connu d'eux, par une mention figurant sur le produit, par exemple : Cass. 17 juin 1927 : *GP.* 1927, 2, 431, et 2 juin 1930 : *D.* 1930, 377; *GP.* 1930, 2, 119; — Paris 23 avril 1925 : *GP.* 1925, 2, 416, et 18 mars 1927 : *GP.* 1927, 2, 430; — Aix 10 mars 1938 : *DH* 1938, 379; *GP* 1938, 1, 863.

(7) La circulaire du 31 mars 1960 (*B.L.D.* 1960, 262) adopte en face du problème une attitude nuancée. D'une part, elle admet la validité du contrat de concession exclusive, à condition qu'il n'ait pas pour but d'imposer au concessionnaire la pratique d'un prix minimum fixé par le concédant. D'autre part, elle précise que, même dans le cas où il est licite, le contrat ne peut justifier un refus de vente que s'il réunit certaines conditions. (Sur ces conditions, V. *infra*, n. 204 note 15.

(8) Trib. com. Nantes 23 avril 1956 et Trib. com. Nice 29 avril 1955 : *J.C.P.* 56, II, 9640, note PLAISANT et LASSIER. Les deux arrêts se retranchent derrière l'interprétation de l'art. 37-1°-a qu'avait donnée la circulaire ministérielle du 15 février 1954 (*D.* 1954, L. 96) : le décret du 9 août 1953 imposait, entre autres conditions, que le demandeur ne fût pas de bonne foi (sur les critiques soulevées par cette interprétation, cf. STARCK : *J.C.P.* 54, II, 1180). L'arrêt du tribunal de commerce de Nice fut confirmé par Aix 14 oct. 1948 : *J.C.P.* 59, II, 10924 : « Aucune contestation, dit la Cour, ne peut être élevée sur la validité des contrats (d'exclusivité) passés par la Société Guerlain avec ses agents commerciaux; aucun texte ne lui interdit de disposer en toute exclusivité de sa marque. » V. également, Trib. corr. Lyon 3 oct. 1956 (sol. *a contrario*) : *J.C.P.* 57, II, 9790, note PLAISANT et LASSIER.

Le décret du 14 juin 1958 a repris les termes du décret du 9 août 1953 annulé par le Conseil d'Etat le 18 juin 1948 (Ass. plén., *Syndicat des grossistes* : *Rec.* 358; *D.* 1958, 656, concl. TRICOR; *J.C.P.* 58, II, 10727, observ. J. R.), en les modifiant partiellement. Alors que le texte initial portait « Refuser de satisfaire, dans la mesure de ses possibilités... », le décret de 1958 ajoute « et dans les conditions conformes aux usages commerciaux ». Les contrats d'exclusivité ne pouvaient-ils pas être considérés comme conformes à ces usages ? (PLAISANT et LASSIER, *Le décret du 24 juin 1958* : *Rev. int. Prop. ind.* 1959, n° 36-37, p. 78, et PLAISANT,

dant condamné le refus de vente, même lorsqu'il est motivé par un contrat d'exclusivité, *tout en sauvegardant la licéité de ce dernier et son opposabilité aux tiers* (9).

Ce n'est que très rarement que le problème des contrats d'exclusivité a été posé au regard des articles 59 *bis* et suivants de l'ordonnance 45-1483 (10). La question avait été soulevée devant le tribunal de commerce de Nantes le 23 avril 1956 et devant celui de Nice le 29 avril 1955 (11). Les deux jugements, les premiers rendus à propos du délit de refus de vente, l'écartèrent en se fondant sur les termes de la circulaire du 15 février 1954. De son côté, la Cour de Paris, eut à en connaître le 7 février 1961 (12). En l'espèce, la Société Brandt frères qui distribuait des appareils photographiques par un réseau exclusif, avait refusé de vendre à un commerçant n'appartenant pas au réseau et se trouvait poursuivie pour infraction à l'article 37-1-a de l'ordonnance du 30 juin 1945. A titre subsidiaire et pour justifier le refus de vente, le représentant de la société prétendait que le réseau de concessionnaires avait le caractère « d'une entente économiquement justifiée ». En d'autres termes, il prétendait que les contrats d'exclusivité répondaient à la définition donnée par l'article 59 *bis* et qu'ils bénéficiaient des dispositions de l'article 59 *ter*. La Cour refusa de faire droit à cet argument en relevant que « les liens contractuels qui obligent cette société et son concessionnaire ne sauraient être

note au *J.C.P.* 61, II, 12052). Mais l'expression « dans les conditions conformes aux usages commerciaux » concerne-t-elle le terme refuser, ou le terme *satisfaire* ? La solution ne saurait faire de doute. Elle s'impose à la seule lecture du texte. Grammaticalement d'abord, car les termes « dans la mesure de ses disponibilités et dans les conditions conformes aux usages commerciaux » se rapportent au mot le plus proche, le verbe *satisfaire*. Logiquement ensuite, car si les mêmes termes se rapportaient au mot *refuser*, ce serait justement le fait de *refuser* dans les conditions conformes aux usages qui serait condamné. Les usages commerciaux ne peuvent donc pas légitimer un refus de vente opposé à un demandeur de bonne foi. La Cour de cassation l'a admis dans l'un de ses arrêts (Cass. crim. 13 juill. 1961 : *J. C. P.* 61, II, 12241, 1^{re} espèce). C'est ce qu'a admis la circulaire ministérielle du 13 mars 1960 (*J.C.P.* 60, IV, 25529; *D.* 1960, L. 124). Mais cette circulaire est dépourvue de tout caractère réglementaire (sur sa nature juridique, v. Cons. d'Etat, Ass. plén., 5 mai 1961, *S.A. Librairie A. Quillet et autres* : *J.C.P.* 61, II, 12135 *bis*). On ne saurait donc tirer argument du fait qu'elle admet expressément la licéité du refus de vente motivé par un accord d'exclusivité bilatérale (et bien que par ailleurs elle écarte l'exception tirée des usages commerciaux).

Négligeant cette controverse, les tribunaux ont continué de justifier le refus de vente lorsqu'il est motivé par un contrat d'exclusivité : Bordeaux 10 déc. 1958 : *J.C.P.* 59, II, 10933 (qui distingue entre l'exclusivité ayant pour objet des articles de luxe et celle qui concerne des produits de première nécessité); Trib. corr. Lyon 18 mai 1960 : *J.C.P.* 60, II, 635, note GUÉRIN; — Trib. corr. Nice 30 mai 1960 : *J.C.P.* 60, II, 11705; *D.* 1960, 556, note HÉMAR; — Lyon 9 déc. 1960 : *J.C.P.* 61, II, 11907 (cassé par Crim. 13 juill. 1961 : *J.C.P.* 61, II, 12241, mais pour un motif étranger au problème); — Trib. corr. Seine 13 juill. 1960; *J.C.P.* 60, II, 11843.

(9) Paris 7 fév. 1961 : *J.C.P.* 61, II, 12052, note PLAISANT; *D.* 1961, 175 et concl. ROBIN; — Paris 28 juin 1961 : *J.C.P.* 62, II, 12475, note H. GUÉRIN. V. aussi, H.-D. COSNARD, *Concession exclusive et refus de vente* : *D.* 1962, chr., p. 237.

(10) La circulaire du 31 mars 1960 reste muette sur ce point.

(11) *J.C.P.* 56, II, 9640, note PLAISANT et LASSIER.

(12) *J.C.P.* 61, II, 12052, note PLAISANT; *D.* 1961, 175, concl. ROBIN.

assimilés à ceux qui caractérisent l'action concertée définie par la loi; ... que l'organisation moulée par la société Brandt ne représente, en effet, au regard de la production que l'action isolée d'une firme pour parvenir à la commercialisation des objets qu'elle fabrique... »

On ne manquera pas d'être surpris par la brièveté et l'aspect superficiel de ces motifs. L'affirmation de la Cour de Paris paraît difficilement justifiable en face des termes de l'article 59 *bis* qui vise toutes les conventions sous quelque forme, pour quelque cause que ce soit, ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'entraver le plein exercice de la concurrence... Il est évident que la concession exclusive trouve sa source dans un contrat et non, comme l'affirme la Cour, dans une « action isolée d'une firme ». Ce contrat limite considérablement l'indépendance des concessionnaires quant à leur possibilité d'approvisionnements; d'autre part, elle aboutit à la création, entre les divers concessionnaires d'un même réseau, à un véritable partage géographique du marché. Il est vraisemblable que dans bien des cas, l'organisation pourrait sans aucun doute bénéficier de l'application de l'article 59 *ter*, car elle a généralement pour effet « d'améliorer et d'étendre les débouchés de la production ». Il n'en reste pas moins vrai qu'elle doit être considérée comme une entente économique au sens de l'article 59 *bis* (V. *Addendum*).

204. — L'arrêt du 7 février 1961 a été cassé le 11 juillet 1962 (14). Est-ce à dire que la Cour de cassation admet en principe que l'existence d'un contrat de concession exclusive justifie toujours le refus de vente? Non, car si elle casse l'arrêt de la Cour de Paris, c'est uniquement pour insuffisance de motifs. Cependant la formule de la haute juridiction vient à l'appui de notre argumentation, sans toutefois la consacrer expressément :

« Attendu qu'un contrat de concession exclusive par lequel les cocontractants ont eux-mêmes réciproquement limité leur propre liberté commerciale, s'il est établi qu'il n'a pas pour objet ou pour effet, même indirect, de limiter la liberté du concessionnaire de fixer lui-même, comme il l'entend, le prix de vente du produit, mais qu'il tend, au contraire, essentiellement à assurer une amélioration du service rendu au consommateur, peut avoir pour effet de rendre juridiquement indisponible, à l'égard des tiers, la marchandise détenue par le vendeur ; qu'une telle pratique peut constituer, dans le commerce de produits requérant une haute technicité ou de marchandises de haute qualité, un usage commercial au sens de l'art. 37-1^o-a; qu'il incombe au juge répressif d'apprécier dans chaque espèce si le contrat de concession exclusive invoqué par le prévenu correspond à ces

(13) Dans ce sens, PLAISANT et LASSIER, *Les ententes industrielles sous formes de sociétés et d'associations*, op. cit., p. 178, n° 40; — PLAISANT, note précitée : *J.C.P.* 61, II, 12052; — La Commission technique des ententes n'a jamais tranché directement le problème. Il est cependant à remarquer qu'à l'occasion de deux affaires (*Industrie du magnésium : Rapports 1954-59*, p. 10; *Organisation du marché de la langouste : ibid.*, p. 58) elle a eu à connaître de contrats d'exclusivité et de restrictions accessoires à des concessions de licences de brevets d'invention qui avaient été conclus par les membres d'une entente. Or, la Commission n'a pas considéré que les concessionnaires faisaient dans ce cas partie de l'entente. Elle les qualifie seulement d'entreprises « liées à l'entente ».

(14) *J.C.P.* 62, II, 12799.

caractéristiques, est exempt de toute idée de fraude des droits des tiers et ne procède pas de l'esprit de limitation volontaire de la concurrence que condamne la législation économique » (15).

Ainsi, ce n'est que dans certains cas et à certaines conditions que le contrat d'exclusivité peut justifier un refus de vente. L'application de l'article 37-1^o-a n'est ni écartée, ni admise dans ce cas d'une manière systématique. La proposition de la Cour porte sur deux points. En premier lieu, il est de la nature même du contrat de concession exclusive de limiter la liberté commerciale des cocontractants. N'est-ce pas sous-entendre qu'il constitue un cas d'entente économique ? En second lieu, il est licite s'il n'a pas pour objet ou pour effet de limiter la liberté de fixation des prix par le concessionnaire et s'il tend à une amélioration du service rendu au consommateur. N'est-ce pas admettre que dans cette hypothèse, les conditions de l'article 59 *ter*, telles que les a interprétées la Commission technique des ententes, sont réunies ?

L'argumentation de la Cour de cassation correspond implicitement, point par point, à cette idée que le contrat d'exclusivité constitue une entente qui, selon ses caractères propres, est licite ou non au regard des articles 59 *bis* et 59 *ter*. Cette entente, lorsqu'elle est licite, rend indisponibles les marchandises entre les mains du concessionnaire qui peut alors opposer, comme le prévoit l'article 37-1^o-a, un refus de vente légitime. On peut seulement faire grief à la Cour de cassation de n'avoir point appuyé ses motifs sur une disposition précise du droit positif. Il eût été plus satisfaisant d'admettre clairement que les contrats d'exclusivité constituent, ainsi que nous le soutenons, une catégorie d'ententes économiques (16).

205. — A l'égard de l'article 65 CECA, le problème a également été posé en doctrine. Selon le Rapport de la délégation française (17), l'article 65 ne vise que « les accords, pratiques ou décisions (qui) ne concernent directement ou indirectement que des entreprises qui devraient normalement être concurrentes entre elles ». Le Professeur REUTER estime également que les accords verticaux échappent à l'application de l'article 65. D'une part, si l'on entendait cette disposition

(15) Comp. circ. 31 mars 1960 (*B.L.D.* 1960, 262), Titre II, Chap. I^{er}, Section III, « En définitive, le contrat de concession exclusive ne peut constituer une exception à l'interdiction du refus de vente que s'il se trouve justifié par l'intérêt des consommateurs, s'il est exempt de toute idée de fraude des droits des tiers et s'il ne procède pas de l'esprit de limitation volontaire de la concurrence que condamne la législation économique. »

(16) Statuant comme juridiction de renvoi à propos de la même affaire, la Cour d'Amiens (9 mai 1963 : *J.C.P.* 63, II, 13222) a refusé l'assimilation proposée, « attendu que les conventions dites d'exclusivité passées entre la Maison Brandt Frères et ses agents distributeurs n'apparaissent pas comme relevant de la réglementation des ententes, telles que définies par l'article 59 *bis* de l'ordonnance du 30 juin 1958; qu'il s'agit moins d'accords multilatéraux que de la tentative, par une entreprise isolée, d'imposer son tarif sous la menace, plus ou moins voilée, d'une dénonciation à brève échéance des liens commerciaux ».

(17) Rapport de la délégation française sur le Traité instituant la CECA, Paris 1951, p. 93. Dans le même sens, Institut des relations internationales, la CECA précit., p. 170.

d'une manière aussi large, il deviendrait impossible de « fixer la moindre limite à son application, puisqu'il suffit qu'un acte tende vers le résultat vaguement défini que l'on sait pour qu'il tombe sous le coup de l'interdiction » (18). D'autre part, il serait matériellement impossible à la Haute Autorité d'examiner tous les accords qui tomberaient ainsi sous l'application du texte. C'est également dans ce sens que se prononce M. JÉRUSALEM, mais pour un autre motif : il fait valoir en effet que l'article 65-2, qui ménage la possibilité d'autorisation est inapplicable aux accords verticaux, puisqu'il ne concerne que les accords de spécialisation et les accords d'achat ou de vente en commun (19).

Ces arguments se heurtent tous, pensons-nous, à une grande objection. C'est qu'il n'est nullement impensable qu'un système d'exclusivité ou d'autres restrictions verticales, comme des interdictions d'exporter ou de revendre les produits en l'état, puissent aboutir aux mêmes résultats qu'une entente de type horizontal de partage de marché ou de contingentement de production. Non seulement la concurrence sur le marché commun en serait gravement affectée, mais il en résulterait encore un obstacle à la réalisation du marché commun lui-même. Il serait inadmissible que de tels accords ne puissent pas tomber sous le coup des règles de concurrence.

Quant à l'argument présenté par M. JÉRUSALEM, il est peu déterminant : d'une part, il vaudrait à l'encontre de toutes les ententes horizontales et l'on n'a jamais soutenu que les cartels autres que les accords de spécialisation et les accords d'achat ou de vente en commun échappaient à l'article 65-1° parce qu'ils ne pouvaient pas être autorisés en vertu de l'article 65-2°.

On a fait remarquer, d'autre part, que les accords verticaux pouvaient bénéficier de l'autorisation, puisque l'article 65-2°, 2° alinéa, la prévoit pour les accords « analogues ». Bien plus, l'article 65-2°, 2° alinéa, se réfère expressément aux entreprises de distribution, qui sont au premier chef intéressées à de tels accords (20). De sorte que rien ne s'oppose à soumettre cette sorte de pratiques à l'article 65 (21). De même, M. KERN estime que les accords restrictifs de concurrence de type particulier, tels que les contrats d'exclusivité ou de prix imposés ne peuvent pas être soumis à un régime différent de celui des cartels proprement dits (22).

206. — Des controverses doctrinales n'ont pas manqué d'apparaître à propos du même problème, en face de l'article 85 CEE. La plupart des auteurs estiment cependant qu'il n'y a aucune raison de soumettre les accords horizontaux et verticaux à des régimes dif-

(18) *La CEEA* précit., p. 210.

(19) *Op. cit.*, p. 148.

(20) KRAWIELICKI, *Das Monopolverbot in Schumanplan*, précit., p. 12 et 26.

(21) Dans ce sens, ROBLOT, *Les relations privées des entreprises assujetties à la CEEA : Dr. soc.* 1954, 575.

(22) *Das Recht der Unternehmenszusammenschlüsse in der M.U.* précit. p. 94. — Dans le même sens, HUBER, *Das Kartellverbot des M.V.* 1953, p. 6 et 7.

férents (23). Les exemples indiqués à l'article 85 sous les lettres a, b et c peuvent concerner aussi bien des cartels que des accords entre partenaires commerciaux.

En fait, les juridictions allemandes, chargées au titre de l'article 88 du *Traité d'appliquer l'article 85*, se sont prononcées à plusieurs reprises pour l'application du texte à des contrats d'exclusivité ou à des interdictions d'exporter.

L'Office Fédéral des ententes a tranché dans ce sens à l'occasion de deux affaires relatives à une licence de brevet concédé par une entreprise française à une maison allemande. En contrepartie de la licence et d'un engagement d'échange de renseignements sur les modifications techniques susceptibles d'être apportés à la machine qui était l'objet du brevet, le concessionnaire allemand s'obligeait à ne produire et à ne vendre aucune autre fabrication concurrente. Après s'être déclaré compétent, l'Office Fédéral a estimé que ces accords faussaient le jeu de la concurrence « car l'entreprise concessionnaire ne se trouvait plus en mesure d'acquérir ou de distribuer sur le marché commun des objets concurrents » (24). La Cour de Düsseldorf a décidé de son côté qu'un contrat de prix imposé tombait sous le coup de l'article 85 car l'interdiction posée par cet article englobe non seulement les accords horizontaux mais aussi verticaux. En l'espèce, cependant, l'effet du contrat était purement interne au territoire allemand et ne faisait en rien obstacle au commerce entre Etats membres (25).

Mais la thèse extensive, celle qui voit dans les contrats d'exclusivité et dans les accords verticaux en général de véritables ententes, s'est trouvée largement confirmée par le premier règlement d'application des articles 85 et 86 et par un arrêt de la Cour de Justice des Communautés.

Dans son projet de règlement, la Commission de la CEE avait prévu que les accords verticaux tombaient sous le coup de l'article 85. Mais dans l'exposé des motifs, elle avait souligné qu'il s'agissait en pratique d'un très grand nombre de cas et que les conceptions législatives des Etats membres différaient profondément à leur égard.

(23) WOHLFARTH, EVERLING, *Kommentar* précit., p. 244. « Es deutet nichts in Wortlaut des Artikels darauf hin, das nur die horizontalen Bindungen, nicht aber die vertikalen einbezogen werden sollten. » — GÜNTHER, *Die Regelung des Wettbewerbs im Vertrag zur Gründung der EWG* précit. — SCHILLING, *Europäisches oder deutsches Kartellrecht ?* Die Gegenwart 1958, p. 186. — COING, KRONSTEIN, SCHLOCHAUER, *op. cit.* — G. DUREY, *Ouragan « européen » sur les contrats d'exclusivité* : D. 1961, chr., p. 177.

(24) Bkarta 19 fév. 1959 : WuW 1959, 305 (25). Dans le même sens, Bkarta 3 fév. 1959, Betrieb 1959, 256. Dans une affaire semblable, l'Office a décidé qu'il n'était pas utile de préciser si l'accord tombait sous le coup de l'art. 85-1°, étant donné que, de toute manière, les conditions de l'art. 85-3° se trouvaient réalisées, en fait. Bkarta 20 juin 1960 : WuW 1960, 818 (254).

(25) O.L.G. Düsseldorf 21 oct. 1958 : B.B. 1958, 1110. « Die Verbotbestimmung des Art. 85 EWG erfasst allerdings nicht nur horizontale, sondern auch vertikale Vereinbarungen. » De même, la Cour de Frankfurt a.M. a décidé que l'article 85 s'applique à une interdiction de réimporter (O.L.G. Frankfurt a.M. 19 janv. 1962 : WuW 1963, 331 (483)).

Le projet prévoyait donc que les pratiques verticales devaient être soustraites à la notification obligatoire, à condition toutefois qu'elles n'intéressent que des entreprises ressortissantes d'un même Etat (26). Dans le règlement adopté par le Conseil le 6 février 1962, le projet de la Commission a été repris, mais avec de sévères restrictions. Seuls certains accords verticaux sont exemptés de la notification obligatoire. Les contrats d'exclusivité, en tant que tels, ne sont plus visés par le texte (27). Or la notification n'est qu'une formalité relative au système de contrôle qui a été adopté. La dispense de notification ne signifie nullement que l'article 85 soit inapplicable aux accords qui en bénéficient (28). Il résulte clairement de l'article 6 que l'article 85 est applicable à ces accords (29). Cela se trouve encore confirmé par l'exposé des motifs selon lequel, « il y a lieu de prévoir provisoirement pour certaines catégories d'accords, décisions et pratiques concertées, sans préjuger leur validité au regard de l'article 85, un régime plus souple ». *A fortiori*, on doit admettre que les accords verticaux, qui ne bénéficient pas de l'exemption de notification, tombent

(26) Exposé des motifs de la Commission de la CEE, *in* Assemblée Parlementaire Européenne, Documents de séance, 7 sept. 1961, Doc. n° 57, p. 54 et texte du projet; art. 5, p. 41, L'exception de notification concernant les accords ayant pour seul effet : a) de restreindre la liberté de formation des prix ou conditions de transaction d'une partie au contrat dans la vente de marchandises qu'elle acquiert auprès de l'autre partie au contrat; b) d'imposer à l'acquéreur ou à l'utilisateur de brevets, dessins et modèles ou marques de fabriques de limitations dans l'exercice de ces droits; c) d'obliger un fournisseur à fournir certaines marchandises à un client, exclusivement; d) d'obliger un client à acheter certaines marchandises à un fournisseur exclusivement; e) d'instituer une présentation exclusive pour certains produits ou services d'une entreprise.

(27) Règlement du 6 fév. 1962, art. 4 (J.O. 206/62). Les accords, décisions et pratiques concertées ne sont pas astreints à la notification lorsque :

1° N'y participent que les entreprises ressortissant à un seul Etat membre et que ces accords, décisions et pratiques ne concernent ni l'importation ni l'exportation entre Etats membres;

2° N'y participent que deux entreprises et que ces accords ont seulement pour effet :

a) De restreindre la liberté de formation des prix ou conditions de transaction de marchandises qu'elle acquiert de l'autre partie au contrat, ou

b) D'imposer à l'acquéreur ou à l'utilisateur de droits de propriété industrielle — notamment de brevets, modèles d'utilité, dessins et modèles ou marques — ou au bénéficiaire de contrats comportant cession ou concession de procédés de fabrication ou de connaissances relatives à l'utilisation et à l'application de techniques industrielles, de limitations dans l'exercice de ces droits.

3° Ils ont seulement pour objet :

a) L'élaboration ou l'application uniforme de normes et de types;

b) La recherche en commun d'améliorations techniques, si le résultat en est accessible à tous les participants et que chacun d'eux puisse l'exploiter..

(28) *Contra*, G. DURREY, chronique précitée : D. 1963, p. 182.

(29) ART. 6. — 1° Lorsque la Commission rend une décision d'application de l'art. 85, paragraphe 3, du traité, elle indique la date à partir de laquelle sa décision prend effet. Cette date ne saurait être antérieure au jour de la notification.

2° La deuxième phrase du paragraphe 1 n'est pas applicable aux accords, décisions et pratiques concertées visés à l'article 4, paragraphe 2, et à l'article 5, paragraphe 2, ni ceux visés à l'article 5, paragraphe 1, et qui ont été notifiés dans le délai prévu par cette dernière disposition.

également sous le coup de l'article 85, dans la mesure où ils sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats.

Enfin, à propos d'une clause d'interdiction d'exporter, accessoire à un contrat d'exclusivité de vente, la Cour de Justice des Communautés a constaté, le 6 avril 1962 (30), « qu'il n'est pas exclu que les interdictions d'exporter que vise la Cour d'appel tombent sous la définition de l'article 85, 1^{er} alinéa, et qu'elles répondent notamment aux termes des accords qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre les Etats membres... ». La Cour était saisie d'une demande de décision préjudicielle en application de l'article 177 du Traité, de sorte qu'elle était incompétente, en l'espèce, pour se prononcer sur la validité de l'interdiction d'exporter au regard de l'article 85. Elle devait se borner à une interprétation du Traité. Il est clair, néanmoins, que selon la Cour les accords verticaux constituent des ententes susceptibles de tomber sous le coup de l'article 85.

207. — Doivent donc être considérés comme comportant des effets sur la concurrence, les accords et pratiques concertées qui unissent deux entreprises situées à des niveaux différents dans la production ou la distribution d'un produit ou d'un service et qui, accessoirement à des contrats de livraison ou à des relations d'affaires suivies :

— imposent à l'une des parties, ou à l'une et à l'autre, des limitations dans la production, les prix de vente ou les conditions de vente des biens ou des services qui sont l'objet de leur activité;

— obligent l'une des parties, ou l'une et l'autre, à opérer des discriminations entre ses clients ou ses fournisseurs, en raison notamment de leur nationalité, de leur situation géographique ou de leur qualification professionnelle.

(30) Aff. 13-61, Demande de décision préjudicielle présentée par la Cour d'appel de La Haye dans son arrêt du 30 juin 1961 : *Rec.* 1962, VIII, p. 97.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

208. — Il est permis, au terme de cette première partie de l'étude des ententes économiques, de procéder à deux distinctions essentielles.

1° On doit opposer radicalement l'article 419 du Code pénal d'une part, aux articles 59 *bis* et 59 *ter* de l'ordonnance du 30 juin 1945, à l'article 65 CECA et à l'article 85 CEE, d'autre part.

L'article 419 condamne certains comportements. Les secteurs économiques dans lesquels naissent les comportements fautifs peuvent être les plus variés. Il suffit qu'ils soient placés sous le signe de l'économie de marché. Il peut s'agir d'opérations de pure spéculation ou d'opérations portant sur des valeurs mobilières. L'article 419 s'applique aussi bien aux comportements concertés qu'aux comportements individuels. Mais il requiert pour son application un élément intentionnel, l'intention délictueuse de celui ou de ceux qu'il punit. Enfin, il ne vise que les comportements qui sont dirigés directement contre des concurrents ou qui visent à une maîtrise absolue d'un marché. Son application, très large sur le plan des activités qui lui sont soumises, est donc, en revanche, limitée sur le plan des comportements qu'il réprime.

Les articles 59 *bis* et 59 *ter* de l'ordonnance 45-1483, l'article 65 CECA et l'article 85 CEE ne s'appliquent qu'à certaines activités placées sous le signe de l'économie de marché: celles qui ont pour objet la production d'un bien ou la prestation d'un service, grâce à des moyens techniques organisés. Ils ne s'appliquent qu'à des comportements trouvant leur source dans un accord entre ceux qui exercent de telles activités. Mais dans cette mesure, ils ne requièrent aucun élément intentionnel quant au but envisagé par les parties à l'accord ou quant à leur connaissance des résultats susceptibles de se produire. Enfin, ils s'appliquent à tout comportement qui traduit une limitation d'indépendance dans les décisions économiques, ou aboutit à une telle limitation.

Ces ressemblances entre ces trois textes, autant que les différences fondamentales qui les opposent à l'article 419 du Code pénal, commandent de les prendre en considération pour rechercher la nature juridique des ententes économiques. A cet égard, le recours à l'article 419 doit être exclu.

2° On doit, en face des articles 59 *bis* et 59 *ter* de l'ordonnance 45-1483, de l'article 65 CECA et de l'article 85 CEE,

rechercher le fait qu'ils prennent pour objet commun. On est ainsi amené à distinguer entre deux sortes de dispositions.

a) Les dispositions qui sont communes aux trois textes considérés. Ces dispositions *seules* ont trait à la notion d'entente économique. Il apparaît alors que ces trois textes prennent pour objet une discipline de comportement ayant sa source dans un accord, consistant ou aboutissant à des restrictions d'indépendance dans les décisions économiques et affectant des activités de production ou de prestation de service exercées par des moyens techniques organisés, soumis par le législateur au régime de l'économie de marché. Telle est la véritable nature juridique des ententes économiques. La concentration des capitaux ne constitue jamais une entente. La création d'une personne morale ne joue jamais qu'un rôle d'instrument pour la réalisation des buts de l'entente. Celle-ci consiste avant tout en une *discipline commune de comportement, volontairement consentie et renforcée ou non par des liens d'obligation*.

b) Les dispositions propres à chacun des textes et qui sont étrangères à la notion d'entente. Ces dispositions commandent l'application de chacun des textes à certaines ententes seulement. Ainsi, en particulier, l'article 59 *bis* ne s'applique qu'aux ententes susceptibles d'affecter les prix de revient ou de vente; l'article 65 CECA ne s'applique qu'aux ententes qui se forment dans le secteur de la production et de la vente du charbon et de l'acier; l'article 85 CEE ne s'applique qu'aux ententes qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres.

209. — Ces deux distinctions successives, qui permettent de saisir la nature juridique de l'entente économique, ne sont-elles pas arbitraires ? Nous ne le pensons pas. Toute définition tirée de la loi ou des Traités comporte inmanquablement une part d'arbitraire. Ce qu'il importe, c'est qu'une telle définition soit pratiquement utilisable. Cela signifie qu'elle ne doit pas contredire l'observation des faits. Or celle-ci nous apprend que toute situation concurrentielle repose sur une triple condition : une certaine *structure* du marché, c'est-à-dire l'existence d'un certain nombre d'entreprises comparables; une certaine *indépendance* des entreprises, en droit et en fait, dans les décisions qu'elles sont appelées à prendre; une certaine attitude ou plus exactement un certain *état d'esprit* qui les pousse à la compétition.

Sans doute ces conditions ne peuvent-elles pas être isolées les unes des autres. Chacune d'elles retentit sur les autres. Une attitude non compétitive affecte l'indépendance des décisions; des limitations durables de l'indépendance équivalent à des modifications de structure. Réciproquement, toute imperfection présentée par l'une de ces conditions peut s'expliquer par les imperfections des deux autres. Mais il est également vrai que la distinction entre ces trois conditions fondamentales peut faciliter l'analyse des imperfections qui affectent la concurrence. Il est vrai que chacune des conditions, structure, indé-

pendance, état d'esprit, peut constituer l'objet immédiat et principal de pratiques déterminées.

Les ententes économiques prennent pour objet principal et immédiat l'indépendance d'entreprises distinctes en droit et en fait. Sans doute la formation de ces ententes s'explique-t-elle par une absence d'esprit compétitif et, parfois, par la structure du marché, comme nous avons eu l'occasion de le montrer à propos des marchés oligopolisés. Sans doute encore, la formation d'une entente a-t-elle pour effet de modifier la structure du marché, lorsqu'elle s'accompagne de la création d'une personne morale qui en est l'instrument et qui s'interpose entre les adhérents et les tiers. Mais il n'y a là que des causes et des effets indirects, qui restent étrangers à l'objet spécifique de l'entente. Celui-ci reste essentiellement une *discipline de comportement qui affecte l'indépendance de décision d'entreprises distinctes*.

L'observation rejoint l'analyse des textes. L'entente économique est pourvue de caractères originaux. Elle se distingue parfaitement d'autres phénomènes qui peuvent offrir avec elle quelque similitude, mais qui, en réalité, lui sont étrangers. L'étude du droit positif permet d'en préciser les contours exacts. La recherche de la nature de l'entente, la détermination de ses frontières, ne prennent cependant leur pleine valeur qu'à une condition : celle de conduire à des conséquences juridiques précises. Ces conséquences apparaissent nettement : les ententes économiques sont l'objet, de la part de l'Etat et des autorités communautaires, d'un contrôle particulier, qui est applicable à elles seules ou à certaines d'entre elles seulement : c'est ce contrôle qu'il importe alors d'étudier.

DEUXIEME PARTIE

LE CONTROLE DES ENTENTES ÉCONOMIQUES

210. — Quelle attitude la puissance publique va-t-elle adopter en face des ententes économiques ? Quelles conséquences juridiques pratiques vont en découler pour les intéressés ? Tel est le problème.

On peut concevoir que l'entente se forme et exerce son activité en toute liberté ; on peut concevoir également qu'elle soit interdite parce que le législateur l'estime contraire aux fins de sa politique économique. Entre ces deux pôles extrêmes, on conçoit des régimes plus nuancés qui conjuguent l'interdiction de certaines ententes avec l'obligation pour les autres de respecter certaines règles matérielles ou formelles. Le respect de ces règles réclame alors un système spécial de sanctions juridiques. Il s'établit un contrôle des ententes.

Cette conception d'un contrôle propre à l'entente est relativement récente, tant dans le droit français que dans les droits étrangers. La tendance initiale de toutes les législations a été d'interdire purement et simplement certaines ententes tout en ignorant les autres. Les techniques du droit pénal classique se trouvaient parfaitement adaptées à cette tâche. Aussi, l'étude des ententes se confondait-elle pratiquement avec la détermination de celles dont les membres tombaient sous le coup de la loi pénale. Il restait bien à étudier le régime de la procédure répressive, qui pouvait affecter certains traits particuliers, et le régime des peines. Mais les règles en cette matière ressortissaient très largement au droit commun. Il en allait de même, sur le plan civil, de la nullité qui s'attachait aux obligations souscrites par les membres de l'entente. Il était donc inexact de parler d'un contrôle des ententes économiques. Tout au plus s'agissait-il d'un ensemble d'interdictions, pénalement sanctionnées, et mises en œuvre dans les termes du droit commun.

Ces notions traditionnelles se sont trouvées remises en question par l'apparition d'un double phénomène, qui peut être observé dans toutes les législations relatives à la concurrence et qui semble correspondre à une évolution normale de l'attitude des pouvoirs publics en face des problèmes que posent les régimes d'économie libérale.

En premier lieu, on assiste à la pénétration dans le droit positif de l'idée que les ententes peuvent, selon les circonstances, être contraires ou favorables à l'économie nationale. On est alors amené à départager ce que l'on nomme, selon une terminologie d'ailleurs peu élégante, les « bonnes » des « mauvaises » ententes. Il ne suffit plus de procéder à la constatation des éléments constitutifs d'une infraction, il faut porter un véritable jugement de valeur sur un phénomène de l'ordre économique. Mais en cette matière la loi ne saurait tout prévoir. S'agissant de cas d'espèces complexes, mettant en jeu des mécanismes économiques compliqués, elle ne peut que fixer quelques grands principes généraux et s'en remettre au juge pour trancher les multiples problèmes particuliers. En allant plus loin, on peut même dire que le sort d'une entente tend à dépendre d'une décision où interviennent, à côté des motifs de droit pur, des motifs relevant de la politique économique : la décision relève tout autant de l'opportunité que de la stricte légalité. Il est alors difficile de confier une tâche aussi spéciale aux tribunaux ordinaires.

On assiste donc, en second lieu, à la création d'organes, soit administratifs, soit judiciaires, spécialisés et chargés d'une double mission : connaître de la validité des ententes; les surveiller d'une manière permanente. Là encore, le choix se ramène rarement à une option pure et simple entre deux termes, organismes spéciaux ou juridictions ordinaires. Il existe, en fait, une foule de combinaisons diverses. Toute compétence n'est pas retirée aux juridictions de droit commun. Elles gardent un certain rôle. Parallèlement, la procédure ordinaire se maintient à côté des procédures spéciales, non sans être parfois influencée par elles.

211. — Il semble donc qu'un certain nombre de principes, dotés d'une certaine permanence, s'impose à tout Etat qui cherche à mettre en œuvre une politique de contrôle des ententes. Mais ces principes, dont l'observation des diverses législations nous révèle l'existence, ne sont pas si précis qu'ils ne laissent place à aucun choix. Principes fondamentaux résultant de la nature des phénomènes économiques, choix opéré par le législateur, telles sont les prémices dont va dépendre le contrôle des ententes. Leur étude, dans un chapitre préliminaire intitulé « le choix d'une politique », fournira l'occasion de dresser un tableau des divers systèmes de contrôle possibles.

Quant aux règles de contrôle, elles comprennent, en droit positif, les règles légales qui tendent à distinguer les ententes nocives des ententes utiles. Ces règles sont de deux sortes. Elles comportent d'une part les *critères matériels* qui gouvernent le partage; elles prévoient, d'autre part, *la compétence et le fonctionnement des organes* chargés d'opérer ce partage. La situation des entreprises, sur le plan pratique, reste étroitement liée au système procédural qui a été choisi pour appliquer les critères légaux dont l'aspect est forcément très général. On ne saurait étudier ces derniers sans connaître auparavant l'esprit qui a présidé à la mise en œuvre du système de contrôle. Les pouvoirs

attribués aux organes de contrôle commandent en fait l'application de la politique choisie.

De plus, il existe dans notre droit positif non pas une seule réglementation des ententes, mais quatre. Ce sont en réalité quatre contrôles susceptibles de s'appliquer qu'il conviendra d'étudier parallèlement. Ces contrôles ne vont pas, sans présenter entre eux des interférences possibles, d'où de nombreux conflits qu'il faudra tenter de résoudre.

212. — Il importera alors d'étudier, dans deux titres successifs, d'abord les règles qui permettent à certaines autorités de procéder au contrôle des ententes suivant une certaine procédure, puis les critères matériels qui sont appliqués par ces autorités pour porter leur jugement à l'égard de l'entente dont ils ont à connaître.

Chapitre préliminaire. — Le choix d'une politique.

Titre I. — Les instruments de la politique choisie.

Titre II. — L'application de la politique choisie.

CHAPITRE PRELIMINAIRE

LE CHOIX D'UNE POLITIQUE

213. — Ce sont les buts que la puissance publique s'est assignée à l'égard de sa politique économique en général qui vont évidemment commander le choix d'une politique vis-à-vis des ententes; va-t-on les interdire comme contraires à l'ordre public ou les laisser se former et agir en toute liberté? Va-t-on en interdire certaines seulement, celles-là qui semblent nuire le plus gravement à l'existence d'un régime de concurrence? Le mot libéralisme renferme la possibilité de systèmes multiples. Tout en étant d'accord sur le principe de liberté qui doit régir les relations économiques, on peut envisager de différentes façons les conditions, les cadres institutionnels, à l'intérieur desquels s'exerce cette liberté. Le choix repose donc sur une option de principe dont il ne nous appartient pas de discuter. On ne peut que constater le choix fait par le législateur. Mais l'attitude de principe une fois posée, il reste que les procédés techniques de sa mise en œuvre sont divers. Ils revêtent une efficacité plus ou moins grande, sans doute, mais au prix de complications procédurales variables et d'atteintes plus ou moins profondes à la liberté des entreprises.

Ainsi, diverses solutions sont concevables, tant sur le plan des principes que sur celui de leur mise en œuvre. Sans rentrer dans le détail des discussions purement théoriques qui entourent ces problèmes, il conviendra dans une première section de présenter les diverses solutions concevables au regard de la politique économique. Dans une seconde section, on décrira les modalités juridiques grâce auxquelles ces diverses conceptions peuvent prendre corps.

SECTION I

ENTENTES ET POLITIQUE ÉCONOMIQUE

§ 1. — *Les données du problème*

214. — Les ententes économiques sont-elles souhaitables ou au contraire condamnables? Il faut, pour se prononcer, juger les effets qu'elles entraînent généralement. Ces effets sont-ils favorables ou défavorables?

D'une manière générale, on admet que les ententes exercent leurs effets à trois points de vue : social, technique, économique (1). Les aspects technique et économique ont été particulièrement étudiés et ils méritent une attention renforcée.

215. — 1° Au point de vue social, il n'est pas douteux que les ententes puissent avoir des effets considérables. Elles peuvent aboutir à la constitution de puissances privées qui dominent des secteurs entiers de l'économie nationale et même mondiale. Elles sont alors en mesure d'exercer des pressions de toutes sortes à seule fin d'obtenir des avantages particuliers. Il semble cependant que ces effets soient trop incertains pour justifier raisonnablement à eux seuls une prise de position à l'égard des ententes. Vus sous cet aspect, les cartels viennent constituer, à côté des « grands trusts », ces monopoles redoutables et occultes dont l'évocation sert plus les luttes idéologiques que des buts vraiment scientifiques (2).

Sur le plan social toujours, l'existence d'ententes unissant les entrepreneurs peut avoir des effets sur le marché du travail, sur les conditions de l'emploi et le niveau des salaires. Quoique les phénomènes de concentration aient généralement des effets favorables sur la politique des salaires (3), il n'est pas exclu que des abus puissent se manifester.

216. — 2° Les effets techniques de l'entente concernent essentiellement l'acquisition de moyens nouveaux et l'abaissement des coûts de production. Les ententes permettent tout d'abord l'acquisition de moyens nouveaux, car de petites entreprises peuvent en s'unissant procéder à des études de marchés, créer des centres d'études et des laboratoires, effectuer l'échange de brevets d'invention ou de connaissances techniques. Ces effets ne se rattachent pas toujours directement à la limitation de concurrence qui est le propre de l'entente, mais on conçoit aisément que celle-ci les favorise par l'esprit de coopération qu'elle suscite. L'entente est un cadre qui laisse place à bien d'autres accords que ceux visant strictement les conditions de concurrence.

Les ententes conduisent d'autre part à un abaissement des coûts. Cet abaissement résulte de deux circonstances.

En premier lieu, la suppression de la concurrence entraîne la réduction des frais, quelquefois très élevés, que la lutte sur le marché rendait nécessaires : pour conserver leurs débouchés, les firmes devaient faire face à des dépenses en matière de publicité et de transport, souvent sans rapport avec les résultats obtenus. En mettant un frein

(1) R. BARRE, *Economie politique*, précit., p. 385 et s.; — J. LAJUGIE, *La concentration*, in *Traité d'Economie politique* de BAUDIN, précit., T. I, p. 949 et s.; — J. MARCHAL, *Cours d'Economie politique*, précit., p. 885 et s.

(2) V. comme exemple de cette tendance doctrinale, *La France et les Trusts*, nos 5 et 6 de la revue *Economie et politique*, Paris, 1954.

(3) J. LAJUGIE *op. cit.*, p. 961 et s.

à la lutte des entreprises, l'entente favorise indirectement un abaissement de certains frais généraux (4).

Mais c'est, en second lieu, l'abaissement des coûts par la rationalisation qui reste le plus sensible. Les ententes de spécialisation qui ont pour objet d'assigner à chaque adhérent la production ou la mise en circulation d'un bien particulier favorisent sans nul doute le progrès technique en même temps qu'elles réduisent le nombre de types. Les cartels de répartition des commandes permettent des économies dans les frais de transport. Les cartels de partage de débouchés ou de partage géographique conduisent à la réduction des frais de prospection des marchés et à la diminution du nombre des intermédiaires. Surtout, la répartition des commandes et le partage des débouchés, en assurant aux firmes une plus grande régularité de leur activité, leur permet d'adapter au mieux les moyens de production aux possibilités du marché. L'octroi de quotas de production, la fermeture des entreprises les moins rentables, les accords de partage de bénéfices peuvent avoir les mêmes résultats.

Le bilan semble donc largement positif en ce qui concerne les effets purement techniques des ententes. Seulement, les auteurs qui ont étudié ces phénomènes n'ont pas manqué de formuler une réserve qui est d'une portée considérable : les effets favorables dans le domaine technique ne sont pas nécessairement liés à la restriction de concurrence qui les accompagne; ils sont seulement possibles (5). Ou bien ces effets sont étrangers aux clauses restrictives de concurrence proprement dites, ainsi l'intérêt qui peut s'attacher à la création d'un bureau d'études commun, mais ce ne sont que des effets annexes et l'on ne peut les imputer à l'entente elle-même qui leur sert de simple support. Ou bien les effets favorables découlent de la limitation de concurrence elle-même, ainsi les effets de rationalisation qui peuvent suivre un accord de partage de débouchés, mais on ne peut absolument pas se prononcer *a priori* sur la réalisation effective ou non de ces conséquences favorables. La clause de partage de débouchés ne les implique pas nécessairement : tout dépendra de la structure du marché sur lequel s'exerce l'entente et surtout de l'esprit dans lequel est exécutée la convention. En effet, l'entente peut favoriser un véritable parasitisme économique en garantissant l'activité d'entreprises techniquement déficientes; en même temps elle oblige les firmes les mieux placées à travailler en-deçà de leur capacité optima. Pour ceux qui admettent que la compétition reste le meilleur moteur du progrès, l'entente en assurant aux entreprises la sécurité dans les débouchés et les profits

(4) V. G. PIROU, *Cours d'Economie politique*, Paris, 1947, T. I, p. 165.

(5) MÉRIGOT, *op. cit.*, p. 20. L'auteur évoque à ce titre le cas de l'accord de normalisation qui semble pourtant prêter le moins à discussion. Les avantages de la normalisation cessent d'apparaître « ... lorsque, dans certaines branches d'activité, la normalisation n'aboutit qu'à la création d'un type supplémentaire normalisé dont le prix de revient est quelquefois plus élevé que celui des types existant antérieurement, et dont le choix ne correspond pas toujours aux besoins du plus grand nombre d'utilisateurs ». Cf. également, MARCHAL, *Cours précit.*, p. 900.

va freiner le goût de l'effort, de la recherche et de l'amélioration technique.

Il s'en suit que, d'une manière générale, il s'avère impossible de porter définitivement un jugement de valeur sur les effets techniques des ententes.

217. — 3° Les effets purement économiques sont encore plus difficiles à juger. Il faut se prononcer sur la portée exacte des limitations de concurrence d'une part et sur les effets qu'elles peuvent entraîner sur les prix de vente, d'autre part.

a) La limitation de concurrence qui est l'objet même de l'entente aboutit à la constitution d'une nouvelle puissance économique : l'entente dispose d'un pouvoir de monopole supérieur en degré à chacun de ceux qui existaient précédemment dans la même branche. Des abus manifestes peuvent en découler : subordination étroite des fournisseurs ou des clients, pratiques de prix imposés ou de refus de vente, discriminations de diverses sortes. D'un autre côté l'entente peut pratiquer une véritable politique de malthusianisme économique; maîtresse de la production elle peut la réduire dans un sens préjudiciable aux consommateurs pour le seul profit des producteurs. Cependant, il convient de souligner, ici encore, qu'il ne s'agit que de possibilités. Il n'est nullement prouvé que la constitution de forces de monopole entraîne automatiquement des abus. L'efficacité des structures monopolistiques a trouvé ses défenseurs et, en économie politique, la controverse reste largement ouverte sur ce point (6).

b) Le second des effets économiques est relatif aux prix de vente. L'observation montre que l'entente peut conduire selon les circonstances à l'un des trois phénomènes suivants : stabilisation, élévation ou différenciation des prix.

La stabilisation des prix est l'effet le plus souvent retenu par les défenseurs des ententes économiques. Par une connaissance accrue du marché, par un contrôle de la production, les dirigeants d'une entente sont évidemment en mesure de régulariser la production d'une manière bien plus satisfaisante que ne peuvent le faire une foule d'entrepreneurs concurrents. Ils sont théoriquement capables de stabiliser les mouvements du marché et sont en mesure d'éviter les crises les plus graves.

En revanche, l'élévation des prix ou leur maintien à un niveau élevé par rapport aux prix de revient peut rendre illusoire les avan-

(6) Sur cette controverse, cf. MÉRIGOT, *op. cit.*, p. 20 et 21 et les références citées au texte. On pourrait ajouter que, dans la mesure où les ententes réalisent un cas particulier de concentration à tendance monopolistique, il est peut-être imprudent de leur appliquer en bloc toutes les conclusions qui sont généralement avancées pour la défense des pratiques monopolistiques. Ainsi, en affirmant que « la concurrence parfaite est, non seulement irréalisable, mais encore inférieure et n'a aucun titre à être présentée comme un modèle idéal d'efficacité », SCHUMPETER (*Capitalisme, Socialisme et Démocratie*, traduit de l'anglais par G. FAIN, Paris, 1961, p. 195) a eu en vue la défense des grandes entreprises, mais il est douteux que l'affirmation puisse être étendue au cas des ententes sans dépasser la pensée de l'auteur.

tages tirés de la stabilité. Une entente de fixation de prix réunissant la presque totalité des entrepreneurs de la même branche, peut garantir des rentes appréciables à ses adhérents. L'attribution de quotas de production peut conduire à l'alignement des prix sur ceux que pratiquent les entreprises les plus mal placées. La cristallisation des circuits commerciaux peut freiner toute tendance à la baisse. En fait, on a pu observer à cet égard des abus flagrants. Quoi qu'il en soit, les auteurs se refusent à porter une condamnation définitive des ententes sur ce point. De nombreux exemples montrent que les coefficients d'élévation des prix pratiqués par les entreprises cartelisées sont peu différents du coefficient général d'élévation des prix de gros. La tendance à l'élévation, ou tout au moins à la rigidité des prix, si elle est probable, n'est jamais systématique. Elle reste à démontrer dans chaque cas particulier, à la suite d'études statistiques précises.

La différenciation des prix enfin, se traduit par des pratiques de dumping. La conquête des marchés extérieurs par une entente, conduit à pratiquer de bas prix à l'exportation. Le sacrifice consenti sera compensé par des prix élevés sur le marché national dont l'entente s'est rendue maîtresse. De même, sur le marché interne, on peut assister à des pratiques de prix discriminatoires qui tendent à placer certains utilisateurs des produits couverts par l'entente dans une situation privilégiée par rapport à leurs concurrents.

En somme, les ententes sont tenues pour défavorables à l'égard du progrès économique. La tendance va dans le sens de leur condamnation. Mais il n'est plus aujourd'hui personne pour soutenir que cette condamnation doive être systématique : les ententes ont vraisemblablement des effets économiques critiquables, mais ceux-ci ne se produisent pas forcément.

218. — Il n'est pas nécessaire d'entrer plus avant dans les multiples controverses qui ont été engagées à propos de chacun des effets que nous venons de considérer. Nous sommes en mesure de formuler les conclusions qui seules nous importent ici. Ces conclusions sont extrêmement importantes sur le plan juridique. On peut les grouper autour de trois idées.

1° Le point de savoir si les effets d'une entente sont finalement favorables ou défavorables à l'intérêt de la collectivité est une question douteuse. Certaines clauses restrictives de concurrence comportent vraisemblablement des avantages, ainsi celles qui conduisent à la rationalisation des activités. Certaines autres apparaissent *a priori* comme nocives, ainsi celles qui exercent un effet défavorable sur les prix de vente. Cependant :

— la réalisation effective de tel avantage ou désavantage ne constitue jamais qu'une possibilité;

— la même clause peut être de nature à entraîner soit des avantages, soit des désavantages, soit les uns et les autres. Tel est le cas par exemple de la clause d'attribution de quotas de production. On ne

peut dire par avance quel est l'effet qui se réalisera ou quel est celui qui l'emportera sur l'autre (7).

2° La difficulté, sinon l'impossibilité, qu'il y a à porter un jugement général s'explique par la complexité des facteurs de tous ordres qui donnent à une entente son véritable visage. Ces facteurs sont soit internes à l'entente — structure, objet, puissance de l'entente considérée, état d'esprit de ses adhérents, puissance économique relative de ses membres —, soit externes — caractéristiques de la branche de l'économie où elle s'exerce, conjoncture générale, etc. (8).

3° Non seulement les effets véritables d'une entente sont *a priori* douteux mais ils sont encore difficiles à connaître une fois réalisés. Seule une étude approfondie, menée cas par cas pourra nous renseigner sur la véritable valeur d'une entente. Tout jugement d'ensemble paraît interdit.

§ 2. — Les principes qui gouvernent le choix d'un statut

219. — Le choix d'un statut dépend avant tout de considérations idéologiques. Mais il ne peut rester étranger à un certain nombre de nécessités pratiques.

La complexité des effets des ententes est telle que l'on peut y trouver des arguments afin de soutenir les politiques les plus disparates. Les choix idéologiques autant que la conjoncture économique mondiale et nationale vont mettre en lumière, par préférence, telles ou telles des conséquences, bonnes ou mauvaises, que peuvent entraîner les ententes. La foi dans un idéal de libre compétition conduit à condamner les ententes parce qu'elles ruinent la concurrence; la croyance dans les vertus de l'intervention directe de l'Etat ou du corporatisme va conduire à les rendre obligatoires et à les ériger en instruments dociles de la puissance publique. La croyance en leur caractère inéluctable et dans l'impossibilité d'agir sur elles par les méthodes juridiques ordinaires conduit à les laisser en liberté et à ne pas leur consacrer de législation spéciale : on fait confiance aux « pouvoirs compensateurs » qu'elles ne manquent pas de susciter (9). En période d'expansion, on cherchera à les éliminer car elles sont susceptibles de freiner le progrès économique. En période de crise on tendra à reconnaître leurs vertus stabilisatrices et on cherchera à les promouvoir. Il n'y a là, au reste, que la constatation de tendances connues. Ainsi la puissance publique

(7) Ces points ont été particulièrement bien mis en lumière par le Professeur A. MARCHAL dans : *Les ententes et les concentrations dans le marché commun* (Rev. du M.C., 1959, 357) et dans : *Progrès technique et concurrence dans la Communauté économique européenne* (Rev. écon., 1961, 849).

(8) Le Professeur MÉRIGOT (*op. cit.*, p. 18 et 19) distingue cinq facteurs principaux : objet de l'entente, structure de l'entente, stade du processus économique où elle se forme, place qu'elle occupe dans la branche et phase de la conjoncture cyclique ou historique dans laquelle prend place son action.

(9) Sur ces pouvoirs compensateurs, cf. A. MARCHAL, *Les règles de concurrence dans le marché commun* : Rev. du M.C., 1959, 373.

pourra-t-elle hésiter entre quatre tendances fondamentales : régime de liberté des ententes, régime des ententes obligatoires, régime d'interdiction, régime de réglementation nuancée. Le choix initial de la politique à suivre dépendra plus de considérations idéologiques que d'une connaissance exacte des phénomènes économiques.

220. — La complexité qui marque les effets des ententes n'a pas pour seule conséquence de justifier les politiques très différentes que l'on peut adopter à leur égard. Elle marque d'une manière plus précise les législations qui leur sont consacrées : elle tend à réintroduire une similitude entre ces diverses législations, que ne laissait pas prévoir l'antinomie des choix idéologiques faits au départ.

1° On remarquera tout d'abord que l'on ne conteste plus aujourd'hui l'importance du rôle que peuvent jouer les ententes. Cela a conduit depuis 1945 la plupart des Etats occidentaux qui ne disposaient pas encore de législation sur ce point à en adopter une (10).

2° Quelle que soit la position de principe que l'on adopte, on doit reconnaître finalement qu'il faut opérer un partage entre les ententes utiles et les ententes nocives : aucune prise de position ne peut être systématique. Ceux qui sont portés à condamner les ententes doivent ménager des exceptions d'une large portée; ceux qui les encouragent ou les ignorent doivent prendre parti contre celles qui abusent de leur puissance. Ainsi, les positions extrêmes tendent-elles à disparaître. Le choix d'un statut s'opère à l'intérieur d'un éventail plus restreint de solutions, comportant un plus ou moins grand degré de sévérité.

3° Les mécanismes économiques qui rentrent en jeu et qui confèrent à l'entente son caractère utile ou nocif sont trop délicats — ou encore trop mal connus — pour que la loi puisse en cette matière tout prévoir. Les circonstances de fait revêtent ici une importance telle, que, bien plus que pour l'application de toute autre règle juridique, l'intervention du juge ou de l'autorité administrative compétente est d'une importance considérable. L'aspect technique de la tâche conduira le plus souvent à la confier à une autorité spécialisée.

Tels sont les grands traits qui tendent à marquer la majorité des législations dans leur aspect technique et qui ne font que traduire les

(10) La Charte de la Havane, signée le 24 mars 1948 par cinquante-six Etats, condamne (art. 46 à 53) les pratiques restrictives nuisibles au développement de la production et du commerce. En conséquence, les Etats signataires ont l'obligation de prendre toutes les mesures législatives nécessaires pour empêcher de tels agissements sur leur territoire. Cependant, les Etats n'ont pas encore ratifié la Charte.

Une abondante documentation sur les diverses législations nationales a été publiée dans les *Notes et Etudes documentaires* (La Documentation française, Série Ententes et Monopoles dans le monde); v. en particulier : Grande-Bretagne (n° 1533); Allemagne (n° 1584 et 1649); Pays-Bas (n° 1681); Suède (n° 1672); Suisse, Autriche, Liechtenstein (n° 1611); Norvège, Danemark, Finlande (n° 1622); Commonwealth britannique (n° 1538); Japon (n° 1541); Argentine (n° 1559). Pour la législation antitrust aux U. S. A., v. la série *Recueils et Monographies*. La traduction française des différentes lois a été publiée dans le *Guide de la législation sur les pratiques commerciales restrictives* (Agence Européenne de Productivité de l'OECE, Paris, 1960).

sujétions que la réalité des faits impose au législateur lorsqu'il veut mettre sur pied un contrôle des ententes.

Ainsi, sur le plan des principes de politique économique, diverses options sont-elles possibles : interdiction, tolérance, encouragement, existence obligatoire des ententes. Sur le plan technique, en revanche, certaines nécessités sont tellement liées à la nature des choses qu'elles s'imposent au législateur, quel que soit le choix qu'il opère. Cette double idée marque tout naturellement l'étude des divers statuts juridiques possibles.

SECTION II

LES STATUTS CONCEVABLES

On peut concevoir des statuts fondés sur le principe des ententes obligatoires d'une part et, d'autre part, des statuts mixtes qui associent le principe d'une interdiction plus ou moins sévère, à l'autorisation de certaines ententes.

§ 1. — *Les ententes obligatoires*

221. — C'est surtout à la grande crise des années 1930 et suivantes que l'on doit l'apparition de ces statuts. L'entente obligatoire semblait permettre, sans entrer dans la voie d'un dirigisme économique absolu, de parer dans une certaine mesure aux conséquences catastrophiques qu'entraînait la crise — surproduction, mévente et chômage. C'est ainsi que, entre 1932 et 1938, un certain nombre d'Etats ont adopté un statut d'ententes obligatoires (11).

En France, le projet de loi Flandin-Marchandeau fut adopté le 7 mars 1935 par la Chambre des Députés. Mais l'attitude gouvernementale ayant changé entre temps, il ne lui fut pas donné suite et aucune discussion n'intervint devant le Sénat (12).

(11) En Allemagne, lois des 15 juillet 1933 et 27 février 1934. En Italie, loi du 16 juin 1932. Dans les deux Etats, ces statuts ouvraient la voie à des régimes de corporatisme d'Etat et de structure hiérarchisée de l'économie (G. PIROU, *Cours précit.*, p. 168 et s.). En Belgique, arrêté-loi du 13 janvier 1935. Aux Pays-Bas, loi du 24 mai 1935. Aux U.S.A., l'instauration des « Codes de concurrence loyale » peut être considérée comme étant dans la ligne des ententes obligatoires.

(12) Le projet était conçu comme un *remède provisoire* aux effets de la crise. Selon l'exposé des motifs, il avait pour but de « provoquer le rajustement nécessaire entre la production et la consommation grâce à un effort de discipline et d'organisation professionnelle ». L'art. 1 du projet était ainsi rédigé : « Lorsque, par suite de circonstances exceptionnelles, l'ensemble des entreprises d'une branche de la production intéressant l'économie nationale se trouve dans une situation économique grave, les accords réalisés entre les intéressés en vue d'y remédier, soit dans le cadre national, soit dans le cadre régional, peuvent être déclarés obligatoires, à titre temporaire, pour tous les membres de ladite branche... » Les accords devaient réunir l'adhésion des deux tiers au moins des entreprises de la branche. Un comité d'arbitrage, composé de onze membres, appréciait la recevabilité des accords présentés et transmettait un avis motivé au gouvernement. L'accord pouvait alors être rendu obligatoire, par décret pris en conseil des ministres, mais sans que le gouvernement eût le droit d'en modifier les termes. Le contrôle de l'exécution de l'accord était confié au ministre du commerce ou au ministre de l'agriculture.

Cependant, divers textes promulgués entre 1935 et 1938 instaurent des ententes obligatoires dans plusieurs secteurs de l'industrie : entente des producteurs de betterave et des fabricants de sucre (13), Comité du hareng (14) et Comité des Grandes Pêches Maritimes (15), entente dans l'industrie de la chicorée (16), des mines de potasse (17), etc. Ces textes n'avaient pas pour unique objet la mise en place d'ententes obligatoires. Ils instituaient en même temps, à des degrés divers, de véritables réglementations des activités professionnelles en cause, interdisant par exemple la création d'entreprises nouvelles, prévoyant un régime de contingentement de la production ou stipulant la remise périodique de renseignements aux ministères intéressés. Dans cette vue, l'entente professionnelle ne constituait qu'une pièce particulière de l'organisation de la profession.

Actuellement, les régimes d'ententes obligatoires sont exceptionnels. Il convient cependant de noter le cas de la loi néerlandaise sur la concurrence économique du 28 juin 1956 (18). Il faut mentionner en France la réglementation particulière applicable au secteur des transports maritimes (19) (V. *Addendum*).

L'expérience des ententes obligatoires montre, malgré son caractère limité, à quel point ce régime constitue un phénomène *intermédiaire*. Ces sortes d'ententes étendues à l'ensemble d'une profession constituent un organe intermédiaire entre l'Etat et les entreprises privées. Certes, ce sont bien ces dernières qui organisent leurs activités dans leur propre intérêt. Mais pour recevoir l'agrément de la puissance publique les promoteurs de l'entente doivent remplir les conditions posées par elle et satisfaire à certaines de ses exigences. Au cours de l'existence du groupement, l'Etat exerce une véritable surveillance et peut, par des menaces de dissolution, peser sur ses décisions.

D'un autre côté, l'entente obligatoire apparaît comme une étape intermédiaire, un premier pas dans la voie d'un interventionnisme qui tend naturellement à se faire plus pressant. Parallèlement à l'en-

(13) Décrets-lois des 8 août et 30 octobre 1935.

(14) Arrêté du 20 novembre 1935.

(15) Décret du 14 janvier 1936; décret-loi du 24 mai 1938.

(16) Décret du 8 mai 1936.

(17) Loi du 23 janvier 1937.

(18) Selon l'art. 6, al. 1, « lorsque Nos ministres sont d'avis que le nombre ou le total du chiffre d'affaires des entreprises intéressées dans une entente, dans une branche d'industrie et du commerce est considérablement plus importante que le nombre ou le total du chiffre d'affaires des autres entreprises dans cette branche, et si, en outre, en accord avec l'intérêt général, l'intérêt de la branche en question l'exige, ils peuvent déclarer cette entente, en tout ou en partie, généralement obligatoire pour les propriétaires de ces entreprises ».

(19) La loi du 28 février 1948, portant organisation de la marine marchande dispose en son article 9 que « pour toutes les lignes ou fractions de lignes desservies par plusieurs armements français, le Conseil supérieur de la marine marchande peut exiger que des accords de trafic interviennent entre les armements intéressés dans le cadre général d'organisation, en vue d'assurer la meilleure utilisation de la flotte marchande ».

Sur l'application de l'ordonnance 45-1483 aux *conférences maritimes*, v. en partic. Trib. com. Seine 25 fév. 1963 : *Journal des agrés* 1963, p. 195, note E. M.

tente apparaissent des réglementations diverses — fixation des prix, quotas de production — imposées par l'autorité et que l'entente est chargée de mettre en œuvre. A la limite, on sort définitivement du cadre de l'entente pour rentrer dans celui de l'économie dirigée. Ainsi en témoignent les Comités d'organisation institués par la loi du 16 août 1940.

C'est à la tendance diamétralement opposée — celle de l'économie de marché — qu'appartiennent au contraire les régimes plus ou moins hostiles aux ententes.

§ 2. — *Les régimes mixtes*

222. — Les politiques économiques favorables aux régimes de libre concurrence sont au premier chef tributaires des trois nécessités précédemment énoncées : nécessité du contrôle des ententes, distinction entre les ententes utiles et les ententes nocives, rôle important confié au juge. Le respect de ces trois données conduit traditionnellement à imaginer trois systèmes possibles : celui dit de sanction des abus, celui dit de la notification obligatoire et celui dit de l'interdiction. Après avoir exposé ces trois statuts tels qu'ils sont présentés traditionnellement, nous montrerons qu'une description et une appréciation des statuts possibles doit, pour être exacte, reposer sur une distinction totalement différente.

A. — *Exposé de la classification traditionnelle*

223. — *a)* Le régime de sanction des abus. Son nom est déjà par lui-même évocateur. Le principe est celui de l'admission des ententes d'une manière générale, mais avec la possibilité d'éliminer celles qui ont un caractère abusif, c'est-à-dire celles dont les inconvénients l'emportent sur les avantages, au point de vue de l'intérêt économique général. La validité des ententes constitue alors la règle; leur condamnation, l'exception. Dans un tel système, une entente est licite tant qu'elle n'a pas fait personnellement l'objet d'une décision individuelle de condamnation.

Ainsi en va-t-il du droit belge qui n'impose aucune condition particulière à la création des ententes mais qui donne au gouvernement la tâche de rechercher et de dissoudre celles qui constituent un abus de puissance économique (20).

b) Le régime de la notification obligatoire. Il se rapproche du système de sanction des abus en ce qu'il édicte la licéité de principe

(20) Loi du 27 mai 1960. Selon l'art. 2 de la loi, « il y a abus, au sens de la présente loi, lorsqu'une ou plusieurs personnes, détentrices de puissance économique, portent atteinte à l'intérêt général par des pratiques qui faussent ou qui restreignent le jeu normal de la concurrence ou qui entravent soit la liberté économique des producteurs, des distributeurs ou des consommateurs ». La définition de la puissance économique est donnée par l'art. 1.

Sur la loi du 27 mai 1960, V. CHARLEY DEL MARMOL, *La protection contre les abus de puissance économique en droit belge*, Liège, 1960

des ententes et que toute condamnation doit faire l'objet d'une décision individuelle. Mais, en revanche, les ententes ne se forment plus librement, car leur validité est soumise à une condition particulière : elles doivent être déclarées auprès d'un organisme spécialisé. La notification des ententes est enregistrée et, le cas échéant, publiée. Ce système comporte l'avantage de faciliter le contrôle qu'exerce la puissance publique sur les ententes, puisqu'elle n'a plus à rechercher les pratiques abusives mais seulement à se prononcer sur les cas dont elle a connaissance. L'autorité de contrôle dispose d'un délai qui court à compter du dépôt de la notification pour décider que l'entente est inadmissible. C'est de ce système que se rapproche la loi néerlandaise sur la concurrence économique du 28 juin 1956 (21).

c) Le régime de l'interdiction. Il est en quelque sorte le renversement du régime de sanction des abus. Le principe est en effet celui de l'interdiction de toutes les ententes, mais avec la possibilité d'admettre celles qui présentent des avantages par rapport à l'intérêt économique général. Si l'interdiction constitue la règle, la validité reste l'exception.

Deux systèmes sont alors concevables pour la reconnaissance de cette validité : — ou bien elle fait l'objet d'une disposition de portée générale dérogeant au principe de l'interdiction, — ou bien elle doit être prononcée individuellement par l'organe de contrôle à l'égard de chaque entente jugée digne de l'obtenir. Dans le premier cas l'entente est licite de plein droit dès qu'elle satisfait aux conditions dérogatoires. Dans le second, il lui faut obtenir personnellement la décision d'autorisation. Le système français, tel qu'il a été inauguré par le décret du 9 août 1953, et le système allemand de la loi du 27 juillet 1957, illustrent ces deux tendances (22).

(21) Selon l'art. 2, al. 1, « Toute entente doit être notifiée à Notre ministre des Affaires économiques selon les modalités qu'il fixera ». Cependant, le défaut de notification n'est pas sanctionné d'une manière générale par la nullité d'une entente : un décret doit intervenir à cet égard (art. 5).

Selon l'art. 19, al. 1, « Nos ministres pourront, si une entente est à leur avis, en tout ou partie, contraire à l'intérêt général ou appliquée d'une façon contraire à cet intérêt :

a) Publier des données sur cette entente ou cette partie de l'entente en cause;

b) Déclarer ce règlement conditionnellement ou non, en tout ou en partie non obligatoire. »

Et selon l'art. 22, al. 1^{er} « Les conduites tendant à observer ou à faire observer, en tout ou en partie, une entente déclarée non obligatoire en vertu de l'art. 19, seront interdites. »

(22) Tous deux posent en principe une interdiction générale des ententes (art. 59 bis de l'ord. 45-1483, parag. 1 GWB). Mais alors que dans le système français, les ententes qui satisfont aux conditions de l'art. 59 ter sont licites de plein droit, dans le système allemand la validité n'est le plus souvent obtenue qu'à la suite d'une autorisation individuelle. Encore faut-il remarquer que le système de la loi allemande est très nuancé. Les exceptions à l'interdiction que formule le parag. 1 sont très nombreuses et mises en œuvre par trois procédés techniques différents : 1° autorisation accordée par l'autorité de cartel, dans le cas, par exemple, des cartels de crise (parag. 4), des cartels d'importation (parag. 7) et des cartels d'exportation ayant des effets sur le marché intérieur (parag. 6, al. 2); 2° notification obligatoire, avec possibilité d'intervention pour l'autorité de cartel,

224. — On n'a pas manqué de relever les avantages et les inconvénients respectifs de ces trois sortes de statuts. Le système de sanction des abus est, dit-on, celui qui tient le mieux compte des enseignements de l'économie politique : non seulement il permet de juger les ententes cas par cas en s'attachant à chaque fois aux conditions particulières qui commandent leur caractère nocif ou utile, mais encore il comporte cet avantage de soumettre les ententes à l'épreuve des faits; l'abus sera révélé par la réalisation tangible des effets nocifs de l'entente ou tout au moins sera-t-il possible de comparer objectivement les effets bons et mauvais que l'entente a pu entraîner. C'est sans doute ce système qui rallie les suffrages de tous les partisans d'un contrôle souple et nuancé des ententes économiques (23).

On oppose cependant à ce régime deux critiques également pertinentes. En premier lieu on lui objecte son manque d'efficacité; il impose en effet à la puissance publique la charge de rechercher les ententes existantes et surtout de fournir la preuve des abus. Il est alors à redouter que les enquêtes et les poursuites soient trop rarement effectuées ou qu'elles soient en ordre dispersé. En second lieu, on fait remarquer qu'il est regrettable que la lutte contre les ententes néfastes soit pratiquement abandonnée à la discrétion des autorités compétentes. La répression des abus peut être menée d'une manière très active; elle peut être aussi inexistante. Tout dépendra de la volonté et des moyens accordés aux organes chargés des enquêtes. Il s'ensuit pour les entrepreneurs une incertitude grave que vient accuser encore le fait que le critère de l'abus est en général très flou. La jurisprudence se formant lentement, cas par cas, la frontière entre les ententes permises et interdites reste très difficile à tracer. La sécurité des relations économiques s'en trouve affectée.

C'est justement ce dernier point qui fournit le meilleur argument en faveur du système de la notification obligatoire. L'existence d'un critère formel — le dépôt de la notification et l'absence de contestation soulevée par l'organe de contrôle à l'expiration d'un certain délai — exclut toute équivoque. Par ailleurs, la connaissance que l'administration acquiert des ententes par le jeu des notifications rend possible une action systématique. Il est vrai cependant que l'organe de contrôle n'est pas tenu d'étudier les dossiers et il est à craindre que le refus ou l'admission de certaines catégories d'ententes ne dépende trop du bon vouloir de l'administration. Des périodes de sévérité pourront succéder à des phases de tolérance ou de passivité.

Ce risque ne se retrouve plus avec les systèmes d'interdiction et l'on montre qu'ils assurent efficacité et sécurité. Le régime est plus

dans le cas des cartels portant sur les conditions de vente (parag. 2) ou des cartels portant sur les rabais et ristournes (parag. 3); 3° exemption de plein droit, dans le cas des cartels d'exportation sans effets sur le marché intérieur (parag. 6, al. 1). Ces quelques exemples montrent déjà à eux seuls à quel point il peut être abusif de qualifier d'un mot un système aussi complexe.

(23) V. en part. A. MARCHAL, *Les ententes et les concentrations dans le marché commun*, précit., p. 372.

efficace car il est plus rigoureux et plus systématique : toutes les ententes qui ne peuvent prouver qu'elles réunissent les conditions d'une validité, somme toute exceptionnelle, sont par définition interdites. Certes, on ne se dissimule pas que les ententes seront tentées de se former dans la clandestinité, mais le souci des entrepreneurs de ne pas se mettre en contradiction flagrante avec la loi constitue un frein plus efficace que le risque de commettre un éventuel abus, dont les caractéristiques restent toujours incertaines. Finalement, on admet bien l'impossibilité d'empêcher absolument les ententes occultes mais on estime que le régime de l'interdiction limite la formation des ententes nocives beaucoup plus que le régime de sanction des abus. Le régime d'interdiction assure d'autre part davantage de sécurité. Les cas de validité des ententes sont sans doute moins nombreux que dans un régime de sanction des abus, mais, en revanche, ils sont nettement définis. Cette sécurité est surtout fermement garantie dans un système d'autorisations préalables : l'existence d'un critère formel, la décision individuelle d'autorisation, écarte alors toute équivoque.

225. — Telle est la présentation traditionnelle des systèmes ou des statuts concevables, avec la série des défenses et des critiques d'ordre général qui sont avancées. Le choix de tel ou tel de ces statuts a souvent donné lieu à d'âpres discussions, tant au sein des Parlements nationaux et des instances internationales qu'au niveau de la presse et de l'opinion (24). Il est indéniable que dans bien des cas les positions se sont cristallisées autour de mots — interdiction, abus, notification ou déclaration obligatoire — qui ne rendent compte que très imparfaitement des réalités. Ces mots sont devenus des emblèmes et l'on a trop souvent perdu de vue la véritable portée des différents statuts possibles. Le terme d'interdiction est apparu comme synonyme d'une répression aveugle des ententes et de lourd appareil administratif. Le terme d'abus a semblé, en revanche, dissimuler un régime à l'abri duquel les pratiques les plus redoutables pouvaient se donner libre cours. On ne s'étonnera pas de ces déformations de la réalité. Elles proviennent en grande partie du fait que la présentation traditionnelle des statuts concevables est inadéquate, car elle donne une fausse idée des réalités juridiques. Il importe, sinon de l'abandonner totalement, du moins de la compléter par des distinctions plus précises.

(24) En Allemagne, le projet élaboré par le gouvernement et présenté au Bundestag le 13 juin 1952 souleva les discussions les plus vives. De 1952 à 1955, partisans d'une politique de sanction des abus — dans les rangs de qui figuraient surtout les milieux industriels — et partisans d'une politique d'interdiction s'affrontèrent sans ménagements. Cf. MÜLLER, HENNEBERG, SCHWARTZ, *Kommentar*, précit., p. 54 et s.; — TOMASI, *La nouvelle loi allemande sur les cartels* : *Rev. trim. dr. com.* 1958, 35 et s.

Moins agressives furent les discussions relatives au règlement d'application prévu par l'art. 87 CEE pour la mise en œuvre des art. 85 et 86 CEE; elles opposèrent cependant partisans d'une sanction des abus et partisans de l'interdiction, tant devant l'Assemblée Parlementaire Européenne qu'au sein du Conseil des Ministres. Cf. en part. Assemblée Parlementaire Européenne, Session 1961-62, Débats, n° 46, p. 169 s.

B. — Distinctions proposées

226. — Non seulement la distinction traditionnelle est inutilisable lorsqu'il s'agit de qualifier avec précision un statut des ententes, mais encore elle repose sur une idée fausse. Elle est inutilisable, car il existe des statuts que l'on ne peut placer dans l'une ou l'autre des catégories traditionnelles. Le régime qui s'est développé aux Etats-Unis d'Amérique depuis l'adoption du Sherman Act appartient-il au système de l'interdiction ou à celui de la sanction des abus ? D'un côté il se présente sous les traits d'un régime d'interdiction : « tout contrat, toute association sous forme de trust ou autrement, ou toute entente en vue de restreindre les échanges ou le commerce entre les différents Etats de l'Union ou avec les pays étrangers sont illégaux... » (25). Bien que la jurisprudence des cours fédérales se soit attachée à créer des exceptions au principe, il reste que toutes les ententes qui ne rentrent pas dans le champ précis de ces exceptions sont, par définition, interdites. Mais d'un autre côté, un tel régime est fort semblable à celui de sanction des abus, puisque une entente estimée exceptionnellement licite par ses fondateurs peut se former et agir en toute liberté sans aucune formalité préalable. C'est aux instances fédérales, tant administratives que judiciaires, qu'il appartient de montrer, le cas échéant, qu'une telle entente tombe en réalité sous le coup de la prohibition.

La distinction traditionnelle repose, d'autre part, sur une idée fausse : l'idée que le régime de sanction des abus est plus favorable aux ententes que le régime d'interdiction. Il est clair en effet que sur ce point tout dépend de l'importance qui est accordée aux exceptions. Un système de sanction des abus peut être sévère si le critère de l'abus est lui-même très large; un système d'interdiction peut être en revanche modéré s'il ménage de très nombreuses exceptions. Si les milieux industriels d'Europe occidentale se sont montrés en général partisans décidés d'un système de sanction des abus, ce n'est pas parce qu'un tel système est au fond plus favorable qu'un autre à la reconnaissance des ententes, mais parce que les applications qui en ont été faites jusqu'à ce jour dans divers Etats sont restées extrêmement timides à leur égard. Si elles étaient appliquées avec une grande fermeté, les législations dites de sanction des abus offriraient sans nul doute beaucoup moins de garanties aux industriels que les législations d'interdiction qui reposent sur des textes précis.

On comprend dès lors d'où provient l'équivoque : elle repose sur une confusion entre les règles matérielles qui gouvernent la validité ou la prohibition des ententes et les moyens techniques de leur mise en œuvre. On ne peut bien qualifier les divers statuts concevables qu'en distinguant les deux sortes de normes juridiques : celles qui touchent aux règles matérielles, c'est-à-dire qui donnent les critères de distinction entre les ententes nocives et utiles, et les règles qui

(25) Sherman Act du 2 juill. 1890, section I.

concernent la mise en œuvre de ces critères, c'est-à-dire le contrôle des ententes. Lorsque l'on parle de sanction des abus, de notification ou d'interdiction, on ne doit avoir en vue que l'un des multiples aspects des règles de contrôle. Mais ces termes ne peuvent à aucun titre rendre compte de l'ensemble d'un statut des ententes.

1° LES RÈGLES MATÉRIELLES

227. — Ce sont uniquement les règles qui ont pour objet d'opérer un partage entre les ententes utiles et les ententes nocives. Elles consistent alors à indiquer les caractères soit des ententes qui sont prohibées, soit des ententes qui sont admissibles. Ainsi, par exemple, la loi belge du 27 mai 1960 indique dans ses articles 1 et 2 les ententes qui sont interdites : ce sont celles qui détiennent une puissance économique, c'est-à-dire le pouvoir d'exercer une influence prépondérante sur un secteur économique déterminé, et qui portent atteinte à l'intérêt général en restreignant ou en faussant le jeu normal de la concurrence. Ainsi encore la loi allemande du 27 juillet 1957 donne dans ses paragraphes 2 à 8 les caractéristiques des ententes admissibles : cartels de conditions de vente, de rationalisation, d'exportation et d'importation ou cartels ayant pour objet de faire face à des conditions économiques exceptionnelles. Sur le plan des règles matérielles, la présentation traditionnelle de la sanction des abus s'opposant à l'interdiction perd tout son intérêt. En réalité il existe toujours deux catégories d'ententes, celles qui sont admises et celles qui sont prohibées.

Ces règles matérielles peuvent être alors appréciées sur deux plans distincts :

1° Selon leur caractère plus ou moins restrictif à l'égard des ententes; le domaine des ententes admissibles peut être plus ou moins étendu;

2° Selon le degré de précision des critères posés par les textes. C'est ainsi que l'on peut opposer, par exemple, la loi belge qui utilise des critères vagues comme ceux d'influence prépondérante sur un secteur économique, d'intérêt général ou d'entrave à la liberté économique des producteurs, et la loi allemande dont les règles matérielles sont beaucoup plus précises car elles se réfèrent directement au contenu des accords : conditions de vente, exportation, normes et types, etc... (26). Corrélativement, le rôle confié à l'autorité chargée d'appliquer les règles matérielles est plus ou moins étendu, suivant le degré de généralité qui marque les critères légaux.

Il ne faut pas se dissimuler cependant que le degré de précision des règles matérielles ne peut pas, en notre matière, dépasser une

(26) A titre d'exemple, le parag. 5, al. 2, GWB déclare admissibles les cartels et décisions dont le contenu sert la rationalisation des activités économiques et est susceptible d'élever d'une manière substantielle la capacité de production ou le rendement économique des entreprises adhérentes sur le plan de la technique, de la distribution ou de l'organisation. L'effet de rationalisation doit être dans un rapport équitable avec la restriction de concurrence à laquelle il est lié.

certaine limite. Cela provient de la complexité des facteurs qui donnent à une entente son véritable visage. Plus particulièrement, le fait que certains de ces facteurs soient purement externes aux clauses de l'accord, conduit le juge à apprécier les circonstances économiques générales avant de rendre sa décision : il statue, pour partie, en opportunité. Les règles matérielles sont donc plus ou moins précises et il s'ensuit plus ou moins de sécurité pour les entrepreneurs. Mais toutes les législations s'accordent pour laisser aux autorités compétentes un minimum de latitude dans leurs décisions (27). C'est finalement de la mise en œuvre procédurale du partage entre ententes néfastes et utiles que dépendra surtout la sécurité juridique des particuliers.

2° LES RÈGLES DE CONTRÔLE

Ce sont celles qui fixent la manière dont seront mises en œuvre les règles matérielles. Elles déterminent donc les modalités du contrôle exercé par la puissance publique à l'encontre des ententes. Elles sont relatives à trois points essentiels : — les organes qui seront chargés de procéder à ce contrôle, — le moment auquel le contrôle interviendra, — les effets du contrôle.

228. — a) *Les organes chargés du contrôle.* — Le contrôle des ententes comprend à la fois des tâches d'administration et des tâches juridictionnelles. Il faut en effet procéder à des enquêtes, à la recherche des infractions, à la constitution des dossiers, à la surveillance des ententes qui ont été admises. Mais il faut aussi trancher des litiges, adresser des injonctions, prononcer des peines.

Si le contrôle est confié à des autorités administratives déjà existantes et à des juridictions de droit commun, il conviendra donc de déterminer les compétences respectives de ces divers organes. En fait, le contrôle des ententes comporte des tâches d'un caractère très technique auxquelles sont mal préparées les juridictions ordinaires (28). La plupart des législations ont institué des organismes spécialisés. On n'a pas manqué, du reste, de mettre en doute la nécessité qu'il y aurait de créer de tels organes et d'en signaler les dangers (29). On doit néanmoins observer que dans la presque totalité des Etats les dispositions légales de protection de la concurrence prévoient l'inter-

(27) C'est ainsi que le parag. 12 GWB contient une disposition très générale qui contraste avec la précision des parag. 2 à 8. Lorsqu'un contrat ou une décision admissibles par application des règles matérielles, conduisent à un abus de la validité qui leur a été accordé, l'autorité de cartel peut soit ordonner aux entreprises en cause de cesser l'abus ou de modifier le contrat ou la décision, soit déclarer nul ce contrat ou cette décision.

(28) Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *La réglementation des ententes : le recul du contrôle judiciaire* : D. 1963, Chr., p. 33.

(29) A. MESTRE, *Ententes économiques et projets de lois* : G.P. 1952, 1, Doc., p. 59.

vention d'autorités spéciales (30). La compétence reconnue à ces organes spécialisés est d'étendue variable.

— Elle peut être de nature purement administrative et se borner soit à des tâches matérielles comme la tenue d'un registre des ententes, soit à des enquêtes dans les diverses branches de l'activité économique.

— Elle peut être de nature consultative : l'organe spécialisé se contente alors de rendre des avis à la requête des autorités administratives ou judiciaires. Rendus par des experts en matière économique, ces avis ont trait surtout à la conduite qu'il y a lieu de tenir en face de telle ou telle entente. La saisine de l'organe consultatif peut être d'ailleurs facultative ou obligatoire.

— L'organe spécialisé peut être compétent pour rendre des décisions. Il reçoit alors pouvoir d'admettre ou d'interdire les ententes qui sont portées à sa connaissance. Il peut leur imposer des délais, des conditions ou des charges.

— Ce peut être enfin une compétence en matière pénale. L'autorité spécialisée peut alors infliger les sanctions que les particuliers ont encourues pour violation des règles légales ou des décisions individuelles prises à leur égard.

Cependant, les organes spécialisés en matière d'ententes ne disposent jamais d'une compétence exclusive. D'une part, les juridictions de droit commun conservent leur compétence lorsqu'il s'agit de statuer sur les litiges d'ordre privé qui naissent de l'existence de l'entente, sauf à restreindre cette compétence par l'institution du sursis à statuer. D'autre part, les voies de recours sont généralement exercées devant les juridictions ordinaires.

La considération des organes chargés du contrôle des ententes peut donc être d'une grande importance lorsqu'il s'agit de juger la politique suivie. Il est évident que des autorités spécialisées, composées

(30) Aux Etats-Unis, la Federal Trade Commission, créée par le Federal Trade Commission Act du 26 septembre 1914. En Allemagne, le Bundeskartellamt (parag. 48 et s. GWB). Au Danemark, l'Office de Contrôle des Monopoles (loi du 31 mars 1955 sur le contrôle des monopoles et des pratiques restrictives). Aux Pays-Bas, Commission de concurrence économique (loi du 28 juin 1956 sur la concurrence économique). En Norvège, Conseil de la liberté économique (loi du 25 septembre 1953). En Grande-Bretagne, Tribunal des Pratiques restrictives (loi du 2 août 1956 sur les pratiques commerciales restrictives). En Autriche, Tribunal de Cartel, Tribunal Supérieur des Cartels et Commission paritaire des Cartels (loi de 1959 sur les cartels). En Italie, le projet de loi pour la sauvegarde de la liberté de concurrence prévoit la création d'une Commission pour le contrôle de la concurrence (art. 6 et s. du projet).

En France, la plupart des projets de loi rédigés depuis 1932 comportaient création d'organismes spécialisés : Comité consultatif des Ententes industrielles, dans le projet Paul Raynaud-Louis Rollin de 1932; Comité d'arbitrage du projet Flandin-Marchandeau de 1935; Section contentieuse du Conseil National Economique, dans le projet Reille-Soult de 1937; Commission des Ententes proposée en 1947 par la Commission des affaires économiques du Conseil de la République; Collège d'experts du projet Armengaud-Marcilhacy de 1950; Cour Supérieure Economique du projet Teitgen de 1950; Conseil Supérieur des Ententes, dans le projet gouvernemental de 1950.

d'experts et de techniciens, seront seules à même de procéder aux études et aux investigations souvent complexes que nécessite tout jugement porté sur l'utilité ou la nocivité d'une entente. L'application de la loi y gagne en souplesse, car l'expérience montre que le dialogue s'engage plus volontiers entre les industriels et les organes spécialisés mieux au courant des nécessités de la pratique. Des solutions de compromis assurent finalement à la loi une efficacité supérieure à celle que peut procurer une application trop systématique des textes. Il est permis en revanche d'être quelque peu effrayé par l'ampleur que tendent à prendre ces organismes de contrôle. La multiplication des services, la complication des procédures peuvent donner au contrôle une lourdeur qui va à l'encontre de l'un des buts visés : la rapidité des interventions.

229. — b) *Le moment auquel intervient le contrôle.* — Deux systèmes s'opposent ici, celui du contrôle *a priori* et celui du contrôle *a posteriori*.

Dans le système du contrôle *a posteriori*, on laisse aux entrepreneurs le soin de déterminer si l'entente qu'ils veulent créer est admise ou interdite par la loi. Ce n'est qu'à l'occasion d'un litige d'ordre privé survenant entre les intéressés ou d'une procédure de répression déclenchée par l'autorité de contrôle, qu'une juridiction aura à statuer sur le problème de la validité de l'entente. Dès lors, deux conséquences importantes découlent de ce système. Au point de vue du droit privé, en premier lieu, la formalité de contrôle ne constitue pas une condition de validité de l'entente. Celle-ci est parfaite et produit tous ses effets juridiques dès la conclusion du contrat ou la mise à exécution de l'action concertée. Sur le plan du système de contrôle, en second lieu, celui-ci n'est jamais automatique et l'initiative en est laissée à l'organe compétent ou aux particuliers.

Cette voie a été suivie par le droit américain et par le droit belge. Elle offre l'avantage d'une relative souplesse. Elle permet surtout de juger les ententes d'après leurs résultats effectifs et non d'après le contenu des accords. En revanche, elle présente cet inconvénient de laisser planer un doute sur la validité de l'entente tant que le contrôle n'est pas intervenu. Celle-ci se trouve donc dans une situation précaire, surtout lorsque les règles matérielles du statut sont très vagues et laissent une très large part à l'appréciation des organes de contrôle.

Dans le système du contrôle *a priori*, la formalité devient une condition de validité de l'entente. L'existence de cette dernière dépend de l'agrément de la puissance publique, accordé par une autorisation expresse ou par l'expiration d'un certain délai, lorsque l'organe de contrôle ne s'est pas prononcé. Sur le plan civil, ce système comporte l'avantage de rattacher la validité de l'entente à un critère formel. Sur le plan de la politique que veut suivre l'Etat, il présente l'intérêt d'un contrôle systématique. La loi allemande du 27 juillet 1957 a adopté un tel système à l'égard de certaines ententes.

On remarquera cependant que le système de contrôle *a priori* est en lui-même insuffisant. Une chose est l'entente conçue avant son

exécution, telle que la dessinent les clauses d'un accord, autre chose est l'usage qui en est fait. De sorte que dans tous les cas le système doit se doubler d'un contrôle *a posteriori* : une fois autorisée, l'entente reste soumise à une surveillance permanente et l'agrément qui lui a été accordé pourra lui être retiré si elle en abuse. Ces tâches de contrôle sont donc au total très lourdes et elles nécessitent un appareil administratif considérable.

230. — C'est au fond à ces deux procédés du contrôle *a priori* et du contrôle *a posteriori* que correspondent les deux systèmes de l'interdiction et de la sanction des abus. Ces derniers ne concernent qu'un aspect particulier du statut qui est envisagé.

A côté de ces deux systèmes, on serait tenté de faire une place à part au système de la notification obligatoire. En réalité on devra le ranger dans l'un des deux précédents selon les effets qui sont attachés à la notification. L'enregistrement de l'entente est-il une condition de sa validité, on est ramené au système de contrôle *a priori*, puisque l'organe compétent a toujours la possibilité de procéder au contrôle de toutes les ententes. Les ententes non déclarées sont alors nulles automatiquement. Si au contraire l'enregistrement n'est pas sanctionné par la nullité, alors le système est analogue à celui du contrôle *a posteriori*. Ce cas est celui de la législation néerlandaise, dans laquelle le défaut de notification n'entraîne pas la nullité des accords mais constitue simplement une contravention (31).

231. — c) *Les effets du contrôle.* — L'objet essentiel du contrôle est de déterminer le caractère nocif ou utile de l'entente. Il se traduit donc par deux ordres de mesures possibles : celles qui, en premier lieu, découlent de la condamnation de l'entente (constatation de la nullité des accords, injonctions adressées aux adhérents d'avoir à cesser certaines pratiques, application de sanctions pénales); celles qui, en second lieu, se rattachent à l'admission de l'entente (constatation de la validité, autorisation totale ou partielle des accords, décision d'assortir l'autorisation de conditions, de délais, ou de charges particulières). Ces mesures sont communes à tous les statuts; elles sont la conséquence inéluctable des pouvoirs remis aux organes de contrôle.

Là où en revanche les diverses conceptions possibles divergent, c'est à propos des effets dans le temps des décisions prises par les différentes autorités. Encore convient-il de distinguer, car le problème ne se pose pas pour les décisions qui, par nature, sont seulement susceptibles de produire un effet dans l'avenir : ainsi en est-il du prononcé de sanctions pénales ou de mesures comminatoires telles que les astreintes. Ces décisions sont constitutives de situations juridiques

(31) Loi du 28 juin 1956 sur la concurrence économique, art. 41-3°. L'art. 5 de la loi prévoit qu'il pourra être déterminé par décret que des ententes deviennent nulles de plein droit si elles n'ont pas été confirmées par écrit et notifiées conformément à l'art. 2-1°, mais aucune mesure n'a encore été prise en ce sens.

nouvelles; elles ne rétroagissent pas. A la rigueur leur effet peut-il être écarté dans l'immédiat et retardé par la stipulation de délais.

Il n'en va pas de même à l'égard des actes qui ont pour objet soit de constater la validité d'une entente, soit de prononcer la nullité des accords ou des décisions qui la constituent. Ces actes sont-ils constitutifs d'une situation juridique nouvelle ou n'ont-ils, au contraire, qu'une simple valeur déclarative? Les deux voies sont ouvertes.

En ce qui concerne la nullité de l'entente prohibée, la décision peut ne valoir que pour l'avenir; elle a valeur constitutive et elle met simplement fin à l'existence de l'entente à compter du jour où elle est prononcée. Tous les actes de l'entente qui ont été effectués avant la décision seront maintenus. La décision peut, au contraire, rétroagir au jour de la constitution de l'entente; elle a valeur déclarative et l'entente sera sensée n'avoir jamais existé.

De même, en ce qui concerne la validité de l'entente, la décision peut jouer comme condition de cette validité. Dans ce cas l'entente n'existe véritablement qu'à compter du jour de la décision constitutive ou à l'expiration du délai qui était imparti à l'organe de contrôle pour se prononcer. Si au contraire la décision ne comporte qu'un effet déclaratif, l'entente aura valablement existé depuis sa conclusion et aucun des actes qu'elle aura effectués antérieurement à la décision ne pourra être remis en cause. On comprend l'extrême importance que peut présenter, en pratique, le choix entre l'un ou l'autre de ces systèmes. Sur le plan de l'efficacité, le caractère déclaratif des décisions fait peser une lourde menace sur les ententes qui sont conclues en violation de la loi. Le système déclaratif semble en outre plus logique que le système constitutif : dès lors qu'une entente est reconnue nocive, il est paradoxal de distinguer entre son activité passée qui sera maintenue et son activité future qui sera interdite. Cependant, sur le plan de la sécurité juridique, le caractère constitutif des décisions est infiniment préférable, puisque les règles matérielles qui commandent le partage entre ententes admises et prohibées sont nécessairement vagues, à tel point que les fondateurs de l'entente peuvent difficilement prévoir le sort qui est réservé à cette dernière.

Chacun des deux systèmes est heureusement susceptible de tempéraments. Si l'on admet le système des décisions déclaratives de nullité, on peut donner à l'organe de contrôle le pouvoir de valider exceptionnellement les actes déjà effectués par certaines ententes, soit pour toute la durée de leur existence de fait, soit à l'égard d'une certaine période seulement. De même dans un système de décision constitutive de validité, on pourra admettre que dans certains cas la décision soit assortie d'un effet rétroactif. Finalement, de multiples combinaisons sont possibles, qui peuvent concilier le souci d'efficacité du législateur et le besoin de sécurité des entreprises.

232. — On conçoit dès lors, à quel point il est vain de vouloir qualifier d'un mot le statut des ententes adopté par telle ou telle législation. Il est totalement arbitraire, en particulier, de se référer unique-

ment aux notions classiques de sanction des abus ou d'interdiction. C'est au contraire le choix et la combinaison des diverses règles de contrôle possibles et le degré de précision des règles matérielles qui donnent à un statut son véritable visage. C'est dans cette voie que doit être conduite une étude du droit positif si l'on veut se rendre compte de son contenu exact.

TITRE PREMIER

LES INSTRUMENTS DE LA POLITIQUE CHOISIE

233. — Ces instruments consistent en certains organes et en certaines procédures. Les organes de contrôle ne sont pas les mêmes suivant qu'il s'agit d'appliquer le droit interne ou le droit communautaire. De même les règles procédurales suivant lesquelles ils sont appelés à statuer diffèrent dans l'un et l'autre cas. On envisagera donc successivement les règles de contrôle en droit interne et les règles de contrôle en droit communautaire.

CHAPITRE PREMIER

LES REGLES DE CONTROLE EN DROIT INTERNE

234. — Si l'on se borne à l'étude des textes, le droit interne semble se caractériser par deux traits fondamentaux. En premier lieu, il laisse une place très large aux organes de droit commun. Il n'existe qu'un organisme spécialisé, la Commission technique des ententes et des positions dominantes dont le rôle est théoriquement réduit à celui de conseiller du ministre chargé des affaires économiques (1). L'essentiel de la tâche semble dévolu aux autorités administratives et aux tribunaux ordinaires. En second lieu, les deux procédures existantes qui se rattachent respectivement à l'article 419 du Code pénal et aux articles 59 *bis* et suivants de l'ordonnance 45-1483, sont des procédures de contrôle *a posteriori* des ententes. Le contrôle intervient en effet, soit à l'occasion d'un litige d'ordre privé survenant entre des particuliers, soit à l'occasion de la répression des infractions qui ont pu être constatées.

La pratique est différente. En fait, la Commission technique des ententes et des positions dominantes joue un rôle considérable. Elle tend à devenir l'organe essentiel du contrôle des ententes. De son côté, la procédure de mise en œuvre des articles 59 *bis* et suivants de l'ordonnance 45-1483 tend à perdre son aspect pénal pour devenir une procédure de transaction entre l'administration et les particuliers. Seul, l'article 419 sert de fondement à une procédure véritablement répressive.

La réalité est donc différente de ce que laisserait supposer un simple examen des textes. Elle conduit à étudier le rôle et le fonctionnement de la Commission technique des ententes, puis la procédure de contrôle proprement dite, en opposant la mise en œuvre de l'article 419 à celle des articles 59 *bis* et suivants.

(1) C'est la loi du 2 juillet 1963 qui, dans son article 3-III, a modifié l'ancienne dénomination de « Commission technique des ententes » en ajoutant les termes « et des positions dominantes ». L'article 59 *bis* de l'ordonnance 45-1483 est complété, en vertu de la même loi, par un alinéa nouveau qui prohibe certaines activités d'entreprises ou de groupes d'entreprises occupant une position dominante sur un marché. Cette prohibition étant édictée « dans les mêmes conditions » que celle qui vise les ententes, il en découle une extension de la compétence de la Commission technique.

SECTION I

LA COMMISSION TECHNIQUE DES ENTENTES
ET DES POSITIONS DOMINANTES

235. — La Commission technique des ententes, créée par le décret du 9 août 1953, n'est pas une juridiction. Elle apparaît comme un organe purement administratif, chargé d'un rôle consultatif (2). Les avis qu'elle donne au ministre chargé des affaires économiques ne constituant pas des actes faisant grief, ils ne peuvent pas être attaqués par la voie du recours pour excès de pouvoir. La Commission dispose cependant d'une certaine indépendance qui se traduit dans sa composition, dans la manière dont elle est saisie, dans les règles de son fonctionnement et dans le rôle que ses avis sont appelés à jouer.

§ 1. — *Composition de la Commission*

236. — La Commission technique des ententes se compose de quatorze membres, tous nommés par décret sur le rapport du ministre chargé des affaires économiques, du ministre chargé de l'industrie et du commerce et du garde des sceaux. Les membres de la Commission sont nommés pour une période de cinq ans, renouvelable. La présidence est assurée par un membre du Conseil d'Etat, un magistrat de la Cour de cassation ou un magistrat de la Cour des comptes ayant au moins le grade de Conseiller maître. La vice-présidence est assurée par l'un des treize commissaires. Quant au recrutement de ceux-ci, il est de nature à favoriser la rencontre de personnalités de formations différentes, tant juridiques que techniques. Cinq membres sont choisis parmi les grands corps de l'Etat : Conseil d'Etat, Cour de cassation, Cour des comptes, mais aussi parmi les juridictions de l'ordre judiciaire. Six autres membres sont choisis à raison de leur compétence professionnelle. Deux enfin, le sont à raison de leur compétence économique.

Les rapporteurs devant la Commission sont désignés conjointement par le ministre chargé des affaires économiques et le ministre chargé du commerce, parmi les membres du Conseil d'Etat, de la Cour des comptes, de l'inspection générale des finances, de l'inspection générale de l'industrie et du commerce, de l'inspection générale de l'économie nationale, du commissariat général aux prix, de l'expertise économique d'Etat et du service des enquêtes économiques. L'un d'entre eux exerce les fonctions de rapporteur général : il est également désigné

(2) Les textes qui régissent la matière sont, d'une part, l'art. 59 *quater* introduit dans l'ordonnance 45-1483 par le décret du 9 août 1953, d'autre part, le décret 54-97 du 27 janvier 1954 portant règlement d'administration publique. L'art. 59 *quater* et le décret du 9 août 1953 ont été modifiés par le décret 59-1004 du 17 août 1959.

par le ministre chargé des affaires économiques et le ministre chargé du commerce.

Dans son rapport pour l'année 1956, la Commission avait souligné l'importance et l'ampleur du rôle dévolu aux rapporteurs. Elle avait fait valoir l'existence de difficultés de recrutement, tenant au fait que très peu de fonctionnaires qualifiés disposaient d'un emploi du temps compatible avec les lourdes fonctions de rapporteur auprès de la Commission. A la suite de ces remarques, des rapporteurs à plein temps furent désignés.

Le secrétariat de la Commission est assuré par les soins du ministre chargé des affaires économiques. La charge en a été confiée au directeur général des prix et des enquêtes économiques.

Le ministre chargé des affaires économiques et le ministre chargé du commerce jouent donc un rôle prépondérant dans la désignation de toutes les personnes appelées à exercer une fonction quelconque au sein de la Commission. Un gage certain de son indépendance est assuré cependant par la haute qualification qui est exigée du président, des commissaires et des rapporteurs.

§ 2. — Saisine de la Commission

237. — Selon l'article 4 du décret du 27 janvier 1954, la Commission technique peut être saisie par deux voies différentes :

a) La Commission peut être saisie par le ministre chargé des affaires économiques. Dans ce cas le ministre adresse au président de la Commission, en même temps que le dossier, une lettre comportant une définition sommaire de l'entente et quelques commentaires sur les circonstances de l'enquête (3).

La question importante qui se pose alors est de savoir si le ministre doit toujours saisir la Commission et s'il est en mesure de le faire dès lors qu'une infraction a été constatée.

Le premier point ne saurait souffrir de difficulté. Les textes sont très clairs à cet égard. L'article 59 *quater*-5° de l'ordonnance 45-1483 énonce les cas dans lesquels le ministre peut décider de transmettre le dossier au parquet sans prendre l'avis de la Commission; ce sont les cas d'urgence, de récidive ou de flagrant délit et le cas où la Commission ne s'est pas prononcée dans un délai de six mois à compter du jour où elle a été saisie. Ces cas sont limitativement énumérés. Il en découle de toute évidence que, en dehors de là, le ministre doit décider « au vu de l'avis de la Commission ». Il doit donc obligatoirement la saisir chaque fois qu'il a connaissance d'une infraction, sous réserve des cas d'urgence, de récidive et de flagrant délit (4). Mais

(3) Rapport pour l'année 1957 : *Rapports 1956-59*, p. 30.

(4) Dans ce sens, H. DELPECH, *Enc. Dalloz, Dr. com.*, V° Entente professionnelle, n° 95; — PLAISANT et LASSIER, *Les ententes industrielles*, précit., p. 29, n° 158; — Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *La réglementation des ententes, le recul du contrôle judiciaire* : *D.* 1963, Chr., p. 36, n° 18. — *Contra* : SOULEAU, *Infractions économiques* : *J.-Cl. Pén., Lois pénales annexes*, fasc. III, n° 138; — LEBouleux et POLLET : *J.-Cl. Administratif*, fasc. 283, n° 113.

le ministre a-t-il connaissance de toutes les infractions qui ont été constatées ? Selon l'article 5 de l'ordonnance 45-1483, « les infractions visées au livre premier sont constatées au moyen de procès-verbaux ou par information judiciaire ». Il s'ensuit que, normalement, la répression des infractions à la législation économique peut emprunter deux voies : la voie administrative et la voie judiciaire. En matière d'ententes, on serait tenté de conclure que le ministre ne peut avoir connaissance que des infractions constatées par procès-verbaux. Quant aux autres, elles relèveraient de la seule voie judiciaire, aucun texte n'imposant expressément au parquet de tenir l'administration au courant des infractions qui ont pu être constatées par les officiers de police judiciaire.

Un pareil raisonnement se heurte, pensons-nous, aux dispositions de la loi. Il suffit, en effet, de rapprocher l'article 59 *quater*, 2^e alinéa, de l'ordonnance 45-1483 et l'article 4 du décret du 27 janvier 1954. Le premier texte est impératif : « la Commission technique des ententes est chargée d'examiner les infractions éventuelles aux prescriptions de l'article 59 *bis* ainsi que les justifications qui peuvent être fournies en application de l'article 59 *ter*... ». Or, le second des textes précités permet justement à la Commission technique des ententes d'exercer cette tâche :

« La Commission technique des ententes est saisie par le ministre chargé des affaires économiques, agissant soit de son propre chef soit à la requête des autres ministres intéressés ou du garde des sceaux, ministre de la justice, *sur demande du parquet* ». L'infraction éventuelle est-elle constatée par procès-verbal ou par un rapport des agents du contrôle économique ? Le ministre doit saisir la Commission. L'infraction éventuelle est-elle au contraire constatée par information judiciaire ? Le parquet doit s'adresser au garde des sceaux, et sur requête de celui-ci, le ministre chargé des affaires économiques doit saisir la Commission.

Ainsi, en dehors des cas d'urgence, de flagrant délit ou de récidive, aucune poursuite judiciaire ne peut être exercée sans que la Commission n'ait été préalablement en mesure de rendre son avis. Quelle est la sanction d'une telle règle ? Elle consiste en la nullité de la procédure d'instruction. Déjà, la Cour de cassation avait admis cette solution à propos de l'avis que devait rendre le Comité national de surveillance des prix sous l'empire du décret-loi du 22 novembre 1938 (5).

Lorsqu'elle est saisie par le ministre, la Commission dispose d'un délai de six mois pour rendre son avis. Si, en cas d'urgence, de récidive ou de flagrant délit, le ministre saisit la Commission, il peut fixer un délai plus court.

238. — *b)* La Commission peut se saisir d'office. Quoiqu'elle n'en ait fait jusqu'ici qu'un usage très modéré, ce pouvoir de la Commis-

(5) Cass. crim. 21 août 1940 : *Bull.* n° 37 ; — 20 oct. 1944 : *Bull.* n° 169 ; — Paris 7 nov. 1940 : *G.P.* 1940, 2, 165.

sion est extrêmement important en pratique. Il est de nature à renforcer l'indépendance de la Commission. Celle-ci peut en effet l'utiliser dans trois occasions. En premier lieu, en cours d'examen d'une affaire, la Commission peut être amenée à constater l'existence d'une affaire connexe. Elle joint alors les deux affaires (6). Elle pourrait de même se saisir d'une affaire dont les faits lui seraient révélés à l'occasion d'une espèce totalement différente. En second lieu, il peut se trouver que des particuliers présentent des requêtes à la Commission : celle-ci reste libre de l'attitude à observer. Elle peut transmettre la requête au ministre : si le cas lui paraît important, elle peut se saisir d'office (7). Enfin, la Commission peut effectuer un contrôle périodique des ententes dont elle a eu déjà à connaître. C'est ainsi que dans certaines affaires (8), elle a réservé son avis définitif en accordant aux entreprises en cause une période probatoire pour réformer l'entente qu'ils avaient créée. Si à l'issue de cette période les améliorations requises n'avaient pas été apportées, elle se réserve la faculté de se saisir d'office (V. *Addendum*).

239. — En dehors de ces deux voies — saisine par le ministre et saisine d'office — il n'en existe pas d'autres. Le recours à l'avis de la Commission est fermé aux particuliers. Ils ne peuvent que présenter des requêtes tendant à ce que la Commission se saisisse d'office. Il ne saurait être question de faire assurer par cette dernière un contrôle *a priori* des ententes, auquel du reste ne la préparent ni sa composition ni la portée de ses avis (9).

§ 3. — *Fonctionnement de la Commission*

240. — a) L'instruction des affaires. Les affaires dont la Commission est saisie sont inscrites dans leur ordre d'arrivée sur un registre tenu par le secrétariat. Le président désigne alors les rapporteurs qui sont chargés de l'examen des affaires et à qui les dossiers sont transmis. Les enquêtes peuvent être effectuées par deux voies différentes.

En premier lieu, les rapporteurs auprès de la Commission disposent de certains pouvoirs d'investigation qui sont prévus par l'ordonnance 45-1484 en son livre II. Disposent-ils de tous les pouvoirs prévus par le livre II ? Certainement non, puisque l'article 59 *quater* prend soin de préciser qu'il s'agit des pouvoirs d'investigation. Ils ne peuvent donc ni procéder à l'arrestation prévue en cas de flagrant délit par

(6) V. en part. l'affaire *Ententes professionnelles dans le domaine de la publicité* : *Rapports* 1954-59, p. 38.

(7) Rapport pour les années 1958 et 1959 : *Rapports* 1954-59, p. 44.

(8) *Fabricants de fils et câbles électriques isolés* (*Rapports* 1954-59, p. 25); *Fabricants d'outils agricoles à main* (*Rapports* 1954-59, p. 34); *Fabricants de verre plat* (*Rapports* 1954-59, p. 36).

(9) J. TOUTÉE, *Les ententes professionnelles : Et. et doc. du Cons. d'Etat*, 1960, p. 172.

l'article 16 de l'ordonnance 45-1484, ni procéder à la saisie des biens dans les termes des articles 8 à 14 de la même ordonnance. En revanche, ils disposent certainement de deux prérogatives très importantes :

— le droit de visite reconnu à l'article 16; il s'agit d'un véritable droit de perquisition à l'égard de tous les locaux professionnels (10).

— le droit d'exiger la communication et de procéder à la saisie des documents de toute nature propre à faciliter l'accomplissement de leur mission (11).

Les rapporteurs peuvent-ils dresser des procès-verbaux d'infraction ? On serait tenté de répondre qu'un tel pouvoir dépasse le droit d'investigation strictement compris. Il faut cependant répondre par l'affirmative, car les procès-verbaux mentionnent la nature des constatations et des contrôles qui ont été effectués. Si leur rédaction n'est pas obligatoire, elle constitue cependant l'aboutissement normal des investigations. Les procès-verbaux doivent obéir aux règles énoncées à l'article 7, mais également aux règles de droit commun applicables à tous les procès-verbaux en général. Ils font foi jusqu'à inscription de faux des constatations matérielles qu'ils relatent (12).

En second lieu, le président de la commission peut exiger du ministre chargé des affaires économiques qu'il fasse procéder par ses services à toutes les enquêtes jugées utiles et qu'il lui communique tous les documents nécessaires. C'est généralement cette voie qui sera utilisée lorsque la Commission se saisit d'office : les rapporteurs ne seront désignés qu'après l'établissement d'un premier dossier.

241. — A l'issue de l'enquête, les rapports sont établis par écrit et déposés au secrétariat de la Commission. L'article 7 du décret du 27 janvier 1954 prévoit que ce dépôt a lieu dans les deux mois du jour où les rapporteurs ont été chargés de l'examen du dossier. Ce délai peut être prolongé par autorisation du président (13).

Sans être à proprement parler contradictoire, l'instruction des affaires permet aux intéressés de faire connaître leur point de vue. D'abord, selon les règles du droit commun, lorsqu'il a été dressé un

(10) En ce qui concerne la visite des habitations ou des magasins constituant l'habitation des commerçants, des règles spéciales s'appliquent : la présence d'un officier municipal ou d'un officier de police judiciaire est requise; la visite ne peut se faire de nuit; une habilitation expresse, délivrée par le Directeur général du Contrôle économique, est enfin nécessaire.

(11) Les officiers ministériels et les banquiers ne peuvent refuser la communication des pièces qui leur sont demandées. Le secret professionnel auquel ils sont tenus ne peut faire obstacle aux droits d'investigation prévus par la loi (Cons. d'Etat 14 nov. 1952, *Appraillé* : *Rec.*, p. 512).

(12) Cass. crim. 26 mai 1961 : *Bull. crim.* 1961, 528.

(13) En fait, ce délai est rarement respecté. La Commission a fait valoir dans ses rapports la tendance à l'allongement des délais d'instruction qui est due à la complexité de certaines affaires et à l'ampleur de la tâche assignée aux rapporteurs (*Rapports* 1954-59, p. 16, 31 et 44). Dans l'affaire du verre plat, onze mois se sont écoulés entre la désignation du rapporteur et le jour du dépôt du rapport.

procès-verbal d'infraction, celui-ci doit obligatoirement relater les déclarations des contrevenants. Mais ce sont surtout les règles spéciales à la procédure devant la Commission qui offrent la garantie la plus sérieuse à ce point de vue. En effet, lorsqu'à l'issue de l'instruction les rapporteurs ont déposé au secrétariat de la Commission les rapports définitifs, le secrétariat informe les parties intéressées qu'elles disposent d'un délai de trente jours pour prendre connaissance de ces rapports et déposer le cas échéant leurs observations écrites (14).

De leur côté, les ministres intéressés doivent être informés. Une copie des rapports définitifs leur est communiquée par les soins du secrétariat. On a fait observer avec raison que lorsqu'à la suite de cette transmission les divers ministères présentent des observations écrites, celles-ci ne sont pas portées à la connaissance de particuliers intéressés qui n'ont accès qu'au rapport lui-même et non au dossier dans son état définitif.

Cela est d'autant plus regrettable que les intéressés ne sont pas obligatoirement présents lorsqu'au cours de la séance, la Commission entend les observations du représentant des ministères (15).

242. — *b)* L'examen par la Commission. Lorsque l'affaire est en état d'être examinée, le président convoque la Commission. Il fixe également l'ordre du jour des séances. Celles-ci ne sont pas publiques mais l'article 13 du décret du 27 janvier 1954 confère à la Commission une prérogative très importante : elle peut décider d'entendre toute personne dont l'audition lui paraît susceptible de contribuer à son information. D'autre part, un représentant des affaires économiques présente à l'occasion de chaque affaire les observations des départements ministériels intéressés. Aussi, une grande place est-elle laissée à la phase orale de la procédure. La parole est donnée d'abord au rapporteur. Puis le rapporteur général ou le rapporteur général adjoint présente ses observations. On entend alors le représentant du gouvernement. Il est procédé enfin à l'audition de toutes les autres personnes que la Commission a jugé bon d'entendre.

Une discussion générale s'engage entre les membres de la Commission, les rapporteurs de l'affaire ayant voie délibérative (16). Les avis sont pris à la majorité des voix. En cas de partage la voix du président est prépondérante. La présence de huit membres au moins

(14) Décret du 27 janvier 1954, art. 9 et art. 59 *quater* de l'ordonnance 45-1483. L'art. 5 du décret du 27 janvier 1954 prévoyait en outre que les dossiers des demandes d'avis transmis à la Commission devaient contenir les observations écrites des intéressés. Le décret du 17 août 1959, art. 3, abroge cette disposition. L'avis des intéressés n'est donc plus requis lors de la constitution du dossier initial par le Ministère des Affaires économiques, mais seulement après le dépôt du rapport par le rapporteur auprès de la Commission.

(15) BARBRY et PLAISANT, *Libre concurrence et ententes industrielles* : D. 1954, Chr., p. 67.

(16) Cette prérogative leur a été octroyée par l'art. 2 du décret du 24 juin 1958, modifiant l'art. 59 *quater*.

est nécessaire à la validité des délibérations. Les avis doivent être motivés.

Théoriquement, la Commission devrait pouvoir rendre son avis dans un délai de six mois à compter du jour où elle a été saisie (17). L'expérience a montré qu'il était pratiquement impossible de rendre un avis dans un délai aussi court. Deux causes sont à l'origine de cette lenteur de la procédure. D'une part, la complexité qui marque la tâche des rapporteurs et le fait que la Commission estime parfois nécessaire un complément d'information. D'autre part, le fait que les intéressés sollicitent eux-mêmes des délais : ayant pris connaissance du rapport, ils évitent de maintenir leur position et de s'engager dans la voie contentieuse; ils préfèrent demander un délai afin de modifier les termes de leur entente (18). En définitive, il s'écoule rarement moins de deux ans entre le moment où l'administration décide d'examiner une entente et celui où le ministre est en possession de l'avis de la Commission (19).

Selon l'article 20 du décret du 24 janvier 1954, modifié par le décret du 17 août 1959, la Commission adresse chaque année au ministre chargé des affaires économiques un rapport d'ensemble sur ses activités. Le rapport est publié au *Journal officiel*, ainsi que les avis rendus par la Commission et les décisions prises par le ministre.

§ 4. — Rôle de la Commission

243. — Selon l'article 59 *quater* de l'ordonnance 45-1483, la Commission rend des *décisions* et des *avis*. Est-il vrai que la mention faite ici de décisions rendues par la Commission constitue un vestige d'une conception abandonnée, celle qui aurait fait de cet organisme une véritable juridiction ? (20).

Certes, une certaine ambiguïté marque dans les textes le rôle de la Commission. Selon l'article 59 *quater*, 2^e alinéa, « La Commission technique des ententes est chargée d'examiner les infractions éventuelles aux prescriptions de l'article 59 *bis* ainsi que les justifications qui peuvent être fournies en application de l'article 59 *ter* ». Mais d'un autre côté, ce principe d'allure très générale se trouve restreint par le fait que les modes de saisine de la Commission sont en nombre limité puisque, en dehors de la saisine d'office, seule la saisine par le ministre est possible. Le même principe est encore contredit par le fait que la Commission n'est qu'un organe consultatif (21). Lors-

(17) Cf. le premier Rapport de la Commission (*Rapports* 1954-59, p. 3).

(18) *Rapports* 1954-59, p. 16 et 31.

(19) *Ibid.*, p. 44.

(20) Rapport pour les années 1954 et 1955 (*Rapports* 1954-59, p. 2).

(21) Il est clair que ces contradictions sont le reflet de la transaction qui a été faite entre deux tendances opposées : faire de la Commission un véritable expert, appelé à donner son avis sur toutes les questions spéciales aux ententes ou la cantonner dans son rôle de conseiller du ministre sur l'opportunité des poursuites ultérieures.

qu'elle est saisie, toute son activité a pour aboutissement l'avis qu'elle communique au ministre chargé des affaires économiques.

Quelle est la portée d'un tel avis ? Elle est double. D'une part, il doit éclairer le ministre sur un point précis : l'opportunité de transférer le dossier au parquet. D'autre part, comme il est lui-même annexé au dossier, l'avis sert à éclairer le parquet, les juridictions d'instruction et les juridictions de jugement. Or l'avis que rend la Commission ne lie ni le ministre ni les autorités ultérieurement saisies de l'affaire. Il n'a pas la qualité d'acte juridictionnel ; il est un acte administratif mais qui ne fait pas grief. Il n'est pas susceptible d'être attaqué par la voie du recours pour excès de pouvoir (22).

Quelles sont alors ces *décisions* que vise l'article 59 *quater* ? Ce sont les actes accessoires, nécessaires au fonctionnement de la Commission et parmi lesquels figurent la décision de se saisir d'office et la décision de procéder à l'audition de certaines personnes. Ce sont donc des mesures préparatoires qui, elles non plus, ne font pas grief (23).

244. — Un avis qu'elle doit communiquer au ministre, tel est donc l'objet principal de toute l'activité de la Commission. Cet avis est-il rendu à propos de l'application des articles 59 *bis* et 59 *ter* seulement, ou, également, à propos de l'article 419 du Code pénal ? Il ressort des termes du décret du 9 août 1953 que l'application de chacun de ces deux textes n'est pas soulevée de la même manière devant la Commission. Il apparaît, en effet, clairement que celle-ci ne peut être saisie qu'à l'occasion d'une infraction éventuelle à l'article 59 *bis*. Elle ne pourrait pas être saisie, à titre principal, afin de rendre un avis sur l'application du seul article 419. Mais, en revanche, elle peut se prononcer à l'égard de cet article, à titre incident. En effet, selon l'article 59 *quater*, 5^e alinéa, au vu de l'avis de la Commission, le ministre peut transmettre le dossier au parquet « soit en vue de l'application de l'ordonnance n° 45-1484 du 30 juin 1945, relative à la constatation, la poursuite et la répression des infractions à la législation économique, soit en vue de l'application de l'article 419 du Code Pénal ». Si le texte suppose que c'est au vu de l'avis de la Commission que le ministre transmet le dossier au parquet en vue

(22) Comp. Cons. d'Etat 3 juin 1949, *Syndicat des Blanchisseurs de la Drôme* : *Rec.*, p. 650 (concernant l'avis rendu par le comité départemental des prix en application de l'art. 4 de l'ord. 45-1483) ; — Cons. d'Etat 20 nov. 1953, *Société Etrefa* : *R.P.D.A.* 1954, n° 11 (avis rendu par le Conseil Supérieur de la Pharmacie).

Le professeur WALINE (*Les avis peuvent-ils faire grief ?*, note sous Cons. d'Etat 24 mai 1957, *Chougnny* : *Rev. de dr. public* 1958, p. 290) donne de cette jurisprudence l'explication suivante : « ... la loi ou le règlement imposent la consultation préalable d'une personne ou d'une assemblée, à raison de sa compétence technique et pour éclairer, de ce point de vue, l'autorité qui prendra la décision. L'avis n'est alors qu'un élément non détachable d'une procédure d'ensemble dont seule la décision finale peut faire l'objet d'un recours, parce que, seule, elle peut faire grief, les consultations préalables ne liant pas juridiquement l'autorité qualifiée pour prendre cette décision. »

(23) Cons. d'Etat 11 juill. 1947, *Dewavrin* : *Rec.*, p. 307 ; — 19 janv. 1944, *Veuve Debazach* : *Rec.*, p. 19.

de l'application de l'article 419, c'est parce que la Commission est compétente pour se prononcer au regard de cette dernière disposition.

La Commission ne peut donc être saisie qu'à l'occasion d'une infraction éventuelle à l'article 59 *bis*; elle peut dans son avis se prononcer sur la conformité de l'entente aussi bien au regard des articles 59 *bis* et 59 *ter* qu'au regard de l'article 419.

Cette analyse du rôle de la Commission conduit à poser deux principes fondamentaux :

— La Commission n'effectue aucun contrôle *a priori* des ententes,

— L'application des articles 59 *bis* et 59 *ter* de l'ordonnance 45-1483 ou de l'article 419 du Code pénal ne constitue jamais une question préjudicielle devant les autorités judiciaires.

245. — a) *La Commission n'effectue aucun contrôle a priori des ententes.* En effet, les particuliers ne peuvent pas saisir la Commission. Le pourraient-ils, que celle-ci serait incapable de leur donner une assurance quelconque quant à la validité juridique de l'entente qu'ils lui soumettent.

C'est cette règle incontestable qu'a méconnue la Cour de Paris, statuant en matière commerciale, le 4 mai 1961 (24). En l'espèce, la S.A.R.L. des Glacières et Frigorifiques de l'alimentation et la S.A. des Glacières et Frigorifiques de Fécamp avaient, en 1949, conclu une entente relative à la production et à la distribution. En 1955 l'une des deux sociétés dénonça le contrat sous prétexte qu'il se trouvait frappé de nullité par les dispositions du décret du 9 août 1953. Son adversaire l'assigna devant le Tribunal de commerce de la Seine afin de s'entendre dire que l'entente devait recevoir exécution et se voir condamner à trois millions de francs à titre de réparations pour le préjudice qu'elle avait causé en dénonçant unilatéralement le contrat. Le Tribunal de commerce de la Seine fit droit à la demande.

Sur appel, la Cour de Paris décidait au contraire que l'entente tombait sous le coup de l'article 59 *bis* et de ce chef se trouvait nulle de plein droit. Mais l'entente pouvait-elle bénéficier des dispositions de l'article 59 *ter*? La Société défenderesse soutenait que l'entente avait pour objet l'amélioration des débouchés et le développement du progrès économique. Or, la Cour de Paris, dans un attendu des plus surprenants, refusa de statuer sur ce point : « il appartenait — dit la Cour — à la Société de Fécamp, si elle considérait qu'en réalité l'entente intervenue avait pour objet essentiel, comme elle le soutient, l'amélioration des débouchés ou le développement du progrès économique, de faire statuer sur ses prétentions par la Commission technique des ententes créée à cet effet par l'article 59 *quater* dudit décret, ce qu'elle n'a pas fait... ».

Ainsi, pour la Cour de Paris, les ententes qui veulent bénéficier de la dérogation prévue à l'article 59 *ter* devraient obtenir une

(24) *J.C.P.* 61, II, 12517, note M. GENDREL et P. LAFARGE.

décision de la Commission technique des ententes. Quant aux tribunaux, il ne pourraient que constater l'existence d'une entente selon les critères qu'en donne l'article 59 bis, mais non sa validité au regard de l'article 59 *ter* : constatant l'absence de décision de la Commission sur ce point, il ne pourraient que conclure à la condamnation de l'entente. On retrouve ici tous les caractères du contrôle *a priori* des ententes exercé par un organe administratif.

Il est évidemment impossible d'approuver la Cour de Paris dans sa décision. Le rôle dévolu à la Commission technique et les règles de son fonctionnement s'opposent à une telle interprétation : elle donne un avis au ministre; elle ne peut être saisie par les particuliers. Le système de la Cour de Paris aboutit à la paralysie de l'article 59 *ter* dans tous les cas où la suite d'une enquête la Commission n'a pas été appelée à donner son avis.

246. — b) *L'application des articles 59 bis et 59 ter ne constitue pas une question préjudicielle.* Ce principe ne se confond pas avec le précédent, car on pourrait concevoir que, à l'occasion d'un contrôle *a posteriori* des ententes, les tribunaux saisis d'un litige doivent surseoir à statuer et renvoyer la question devant la Commission technique. Mais rien dans les textes ne laisse penser que l'application des articles 59 bis et 59 *ter* échappe à la juridiction des tribunaux ordinaires. Seul un texte exprès pourrait réduire à cet égard la compétence des juridictions de droit commun. Or, ce texte n'existe pas. Les tribunaux de l'ordre judiciaire sont donc compétents pour appliquer les articles 59 bis et 59 *ter*. Ils sont également compétents pour juger si un accord ou une décision constitue l'infraction visée à l'article 419 du Code pénal. Si un avis a été rendu par la Commission ils seront naturellement en mesure d'en prendre connaissance, mais ils demeurent seuls souverains en face de la décision finale (25).

247. — La portée juridique des avis rendus par la Commission est donc faible. On ne peut nier cependant qu'en pratique son rôle doive être considérable (26). L'expérience des premières années d'activité de la Commission a montré que, en fait, le ministre se range à son avis dans la plupart des cas. Cette autorité morale de la Commission s'explique par son indépendance : composée de personnes qualifiées, elle peut se saisir elle-même; elle dispose de pouvoirs d'investigation étendus; elle peut entendre en séance toutes les personnes dont l'avis est susceptible de l'éclairer; la procédure en séance, enfin, tend à

(25) Cette règle élémentaire a été méconnue par la Cour de Rennes, dans son arrêt du 15 juin 1961 (*Dr. soc.* 1961, 459, obs. TEITGEN). En estimant que la lettre adressée par le ministre aux membres de l'entente, à la suite de l'avis rendu par la Commission technique (*Organisation du marché de la langouste : Rapports 1954-1959*, p. 58) constituait « un fait qui s'impose à tous », la Cour a commis un véritable déni de justice en refusant d'examiner si l'entente tombait sous le coup de l'article 59 bis (V. *Addendum*).

(26) On a pu noter à ce sujet le recul très net qu'accuse le pouvoir judiciaire au profit des commissions administratives (Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *La réglementation des ententes : le recul du contrôle judiciaire* : D. 1963, Chr., p. 33).

prendre une allure véritablement contradictoire. Cela explique que la Commission technique des ententes soit devenue l'organe central dans la procédure de mise en œuvre des articles 59 *bis* et 59 *ter*, tel que cela apparaîtra en étudiant cette procédure dans son ensemble. En revanche, le rôle de la Commission dans l'application de l'article 419 du Code pénal est beaucoup plus limité.

SECTION II

LES PROCÉDURES DE CONTROLE

248. — Les procédures de mise en œuvres des articles 419 du Code pénal et 59 *bis* et 59 *ter* de l'ordonnance 45-1483 reposent sur le principe d'un contrôle *a posteriori* des ententes.

Ce contrôle va être effectué à l'occasion d'infractions à la loi pénale. L'article 59 *bis* édicte une interdiction mais il ne prévoit aucune sanction pénale. Ce n'est pas un texte répressif. Cependant, l'article 37-3° assimile à la pratique de prix illicites le fait « par toute personne responsable d'une action concertée de se livrer ou d'inciter à se livrer à une pratique prohibée par l'article 59 *bis* de la présente ordonnance ». Quoique le rapprochement des articles 59 *bis* et 37-3° fasse apparaître un défaut manifeste de rédaction (27), il apparaît que doivent tomber sous le coup de l'incrimination tous les membres d'une entente qui se voient refuser l'application de l'article 59 *ter* et qui sont responsables d'une action concertée. Cette dernière restriction doit être entendue comme exigeant, pour la commission du délit, un commencement d'exécution qui consiste en l'exercice effectif des pratiques prévues au titre de l'entente. Dès lors, la simple conclusion d'un accord, en lui-même constitutif d'une entente, ne saurait suffire.

Sous cette réserve, tous les membres d'une entente condamnable au regard des articles 59 *bis* et 59 *ter* tombent sous le coup de l'incrimination prévue à l'article 37-3°.

Mais le contrôle peut également survenir à l'occasion d'un litige d'ordre privé mettant en cause les conséquences civiles du statut des ententes. Il est alors exercé à la requête des particuliers.

§ 1. — La poursuite des infractions à l'article 37-3° de l'ordonnance 45-1483 et à l'article 419 du Code pénal

249. — La procédure de contrôle revêt un caractère original par rapport à la procédure classique. En effet, en ce qui concerne l'article 419, la loi du 2 décembre 1926 a imposé des règles spéciales en matière d'instruction. Quant à la mise en œuvre de l'article 37-3° de

(27) Le rapprochement des deux textes conduit en effet à un résultat surprenant : est assimilé à la pratique de prix illicites le fait par toute personne responsable d'une action concertée de se livrer à une action concertée.

l'ordonnance 45-1483, elle s'effectue selon les dispositions de l'ordonnance 45-1484, relative à la constatation, la poursuite et la répression des infractions à la législation économique : l'article 37 détermine les faits qui sont assimilés à la pratique de prix illicites et selon l'article 1-2° de l'ordonnance 45-1484, sont soumises aux dispositions de cette ordonnance « les infractions assimilées à des pratiques de prix illicites en vertu de l'ordonnance du 30 juin 1945 relative aux prix ». Mais ici encore, des règles propres à la matière des ententes économiques ont plus ou moins bouleversé les règles de droit commun de la législation économique.

Ainsi, trois ordres de règles sont appelés à jouer : celles de la procédure pénale ordinaire, celles qui sont relatives à la poursuite des infractions en matière économique et celles qui sont plus spécialement relatives aux ententes. On les étudiera à propos de la mise en mouvement de l'action publique, de la procédure d'instruction, puis des décisions définitives.

A. — La mise en mouvement de l'action publique

1° INFRACTION A L'ARTICLE 419 DU CODE PÉNAL

250. — Ce sont alors les règles de droit commun qui s'appliquent, sous réserve d'une dérogation importante : l'instruction préalable est toujours obligatoire. La loi du 3 décembre 1926 dispose, en effet, en son article 3, premier alinéa, que dans tous les cas prévus à l'article 1^{er} — c'est-à-dire dans tous les cas d'infraction punis par l'article 419 nouveau — le tribunal ne pourra être saisi que par le renvoi qui lui sera fait conformément aux dispositions de l'article 130 du Code d'instruction criminelle. Ce dernier texte est devenu l'actuel article 179 du Code de procédure pénale qui vise le renvoi de l'affaire devant le tribunal correctionnel par le juge d'instruction, lorsque ce dernier estime que les faits constituent un délit (28).

Ainsi, deux voies seulement sont ouvertes pour la mise en mouvement de l'action publique. Celle du réquisitoire introductif d'instance formé par le parquet et celle de la plainte avec constitution de partie civile déposée par la victime. Ni la citation directe, ni la procédure de flagrant délit ne sont donc utilisables.

Quelle est la sanction de cette règle ? Si le tribunal correctionnel a statué malgré une saisine irrégulière, son jugement devra être annulé sur appel. Mais il se pose alors le problème de l'évocation au fond de l'affaire par la juridiction d'appel. L'article 520 du Code de procédure pénale est-il applicable ? La Cour de Poitiers le 4 novembre 1927, l'avait admis (29) au motif que « les dispositions de l'article 215 du Code d'instruction criminelle — aujourd'hui article 520 du Code

(28) Sur les travaux préparatoires de la loi du 3 décembre 1926, v. L. MAZEAUD, *Le régime juridique des ententes*, précit., p. 191.

(29) D.P. 1929, 2, 109, note L. MAZEAUD.

de procédure pénale — sont générales et impératives, sans qu'il y ait lieu de distinguer si les irrégularités constatées portent sur le jugement, sur l'instruction ou sur les actes mêmes en vertu desquels le tribunal a été saisi ».

Cette solution, en harmonie du reste avec l'interprétation admise par la Cour de cassation à l'égard de l'article 215 du Code d'instruction criminelle, avait été fort justement critiquée par le Professeur L. MAZEAUD (30) qui montrait que deux arguments pouvaient être opposés à une telle extension du droit d'évocation. En premier lieu, si le tribunal correctionnel a été saisi par la voie de la citation directe, cette citation est nulle et inopérante. Le tribunal, en réalité, n'a pas été saisi et la Cour n'est pas saisie non plus : il est alors évident qu'elle ne peut pas statuer sur le fond. En second lieu, l'article 520 du Code de procédure pénale a une portée générale, mais une disposition spéciale de la loi peut créer des exceptions. La loi du 3 décembre 1926 dispose, d'une manière impérative, que le tribunal ne pourra être saisi que par le renvoi qui lui sera fait conformément à l'article 179 du Code de procédure pénale. Le juge se trouve en face de deux textes contradictoires. Il doit reconnaître la prééminence du texte spécial. Cet argument est d'autant plus pertinent que l'instruction préparatoire revêt en matière d'entente une réelle importance. Son rôle dépasse celui d'une simple garantie accordée au justiciable : il s'agit en réalité d'une tâche complexe et indispensable que l'on ne peut négliger si l'on veut que les juridictions de jugement puissent rendre leur verdict.

Ces arguments ont été repris plus récemment par la doctrine et l'unanimité semble se faire pour dénier à la Cour d'appel le droit d'évocation en cas d'impropriété de saisine (31). La solution admise par la Cour de Poitiers en 1927 paraissait déjà critiquable. Elle est aujourd'hui des plus douteuses. En effet, la Chambre criminelle, rompant avec sa jurisprudence traditionnelle, tend à écarter le droit d'évocation en cas d'irrégularité de l'acte de saisine. On a pu dire que « le domaine de l'institution est actuellement en voie de réduction » (32). Dans son arrêt du 6 janvier 1954, la Chambre criminelle a cassé un arrêt de Cour d'appel sur le motif « qu'en évoquant et en ordonnant une mesure d'instruction dans une affaire à l'occasion de laquelle elle venait d'énoncer que le juridiction répressive n'était pas saisie, la Cour d'appel s'était mise en contradiction flagrante avec elle-même... » (33). La décision est nette et à moins d'introduire une distinction, au reste difficilement admissible, entre la saisine inexistante et la saisine frappée de nullité, on ne voit pas comment on pourrait conserver à

(30) Note précitée.

(31) L. HUGUENY, note sous Riom 13 mai 1939 : S. 1940, 2, 17; — R. MEURISSE et R. GUILLOT, note sous Cass. crim. 6 janv. 1954 : J.C.P. 55, II, 9011; — R. MEURISSE, *Le déclin de l'évocation en procédure criminelle* : J.C.P. 54, 1, 1203.

(32) A. VITU, *Procédure pénale*, Paris, 1957, p. 391.

(33) Cass. crim. 6 janv. 1954 : J.C.P. 55, II, 9011, note R. MEURISSE et R. GUILLOT.

la Cour d'appel son droit d'évocation, lorsqu'elle annule la procédure devant le tribunal correctionnel parce que celui-ci a été saisi par voie de citation directe, contrairement à l'article 3 de la loi du 3 novembre 1926.

Nous estimons donc que, en cas de saisine irrégulière du tribunal correctionnel, la Cour d'appel doit annuler la procédure antérieure et ordonner le renvoi du dossier au parquet afin de se pourvoir ainsi qu'il appartiendra.

2° INFRACTION A L'ARTICLE 37-3° DE L'ORDONNANCE 45-1483.

251. — Les règles de droit commun reçoivent ici deux dérogations d'une portée considérable. L'une est dictée par les textes; elle concerne les prérogatives du ministre chargé des affaires économiques. L'autre est d'origine jurisprudentielle : elle provient de la position que la Cour de cassation adopte à l'égard de la constitution de partie civile dans les cas d'infractions à la législation économique.

252. — a) *Les prérogatives du ministre chargé des affaires économiques.* — Elles découlent du fait que, au terme de l'article 59 *quater*, la Commission technique des ententes doit être saisie de toutes les infractions qui ont pu être constatées. Par voie de conséquence le ministre se trouve dans tous les cas en mesure de se prononcer sur l'opportunité des poursuites. Il peut, au vu de l'avis de la Commission ou directement en cas d'urgence, de récidive ou de flagrant délit, soit classer l'affaire, soit transmettre le dossier au parquet. Ce n'est que lorsqu'il aura été saisi par cette voie que le ministère public jugera à son tour de la suite qu'il convient de donner à l'affaire.

Cette particularité est tout à fait remarquable : la mise en mouvement de l'action publique dépend de l'agrément du ministre. Or, cette prérogative se trouve encore renforcée lorsque l'on constate que les victimes de l'infraction édictée à l'article 37-3° se trouvent dans l'impossibilité de se constituer partie civile devant le juge d'instruction.

253. — b) *L'impossibilité pour les particuliers de mettre en mouvement l'action publique.* — La Cour de cassation décide que les infractions aux dispositions des deux ordonnances du 30 juin 1945 sur les prix ne peuvent jamais être l'objet d'une constitution de partie civile, ni par voie principale, ni par voie incidente. La décision se rattache, par son esprit, à la position traditionnelle de la Chambre criminelle qui s'efforce constamment de maintenir dans de strictes limites le droit reconnu aux particuliers de déclencher l'action publique (34). Sa formulation systématique n'en est pas moins surprenante.

La décision, posée avec une grande netteté dans les deux arrêts *Milhaud* du 19 novembre 1959 (35) et *Nicolas* du 11 juillet 1962 (36)

(34) R. COMBALDIEU, obs. sous Cass. crim. 7 fév. 1961 : *J.C.P.* 61, II, 12004.

(35) D. 1960, 463, note DURRY : *J.C.P.* 60, II, 11448, note CHAMBON; *Rev. Sc. crim.* 1960, 198, obs. ROBERT.

(36) *J.C.P.* 62, II, 12799.

doit être distinguée, bien qu'elle ne soit pas sans rapports avec elle, de la jurisprudence selon laquelle la Chambre criminelle exige que la partie civile justifie d'un préjudice *direct et personnel*, lorsqu'elle se constitue devant le juge d'instruction. En effet, dans les arrêts Milhaud et Nicolas, la Cour va beaucoup plus loin. Elle ne se contente pas d'affirmer la nécessité de prouver dès la constitution de partie civile l'existence d'un préjudice direct et personnel causé par l'infraction prétendue, elle pose un principe général : les dispositions des deux ordonnances 45-1483 et 45-1484 « par leur objet même, par la nature des infractions qu'elles définissent et par la procédure spéciale qu'elles prévoient en vue d'assurer la répression, excluent pour les particuliers la faculté de mettre eux-mêmes l'action publique en mouvement en se constituant parties civiles, ou de se joindre en cette qualité, aux poursuites intentées par le Ministère public, pour demander devant la juridiction répressive la réparation d'un préjudice qui a été en réalité subi par la collectivité toute entière ». N'est-ce pas supposer que les infractions créées par l'ordonnance 45-1483 ne portent atteinte qu'au seul intérêt général et sont insusceptibles de causer un préjudice personnel aux particuliers ? Il existerait ainsi des infractions qui, dans tous les cas, ne pourraient faire l'objet que d'une action publique. Selon la haute juridiction, le critère permettant de déterminer ces infractions se trouverait dans l'objet de la loi qui les a créées et la nature des infractions elles-mêmes d'une part, et dans la procédure prévue pour assurer la répression, d'autre part. Que faut-il penser de ce double critère ?

254. — La Cour se fonde d'abord sur l'objet des dispositions des deux ordonnances du 30 juin 1945 et sur la nature des infractions qu'elles édictent. Si l'on se rapporte aux motifs des deux arrêts, on y lit que « les dispositions de l'ordonnance 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix ont été édictées dans un dessein d'intérêt général, à l'effet d'établir au bénéfice de l'ensemble de la collectivité la fixation des prix des divers produits et services dans les limites déterminées par les autorités et organismes compétents et non en vue de protéger les intérêts particuliers de tel ou tel usager ou consommateur envisagé individuellement ». Voilà donc *l'objet* de la loi : la protection de l'intérêt général — assurée par la fixation des prix — à l'exclusion des intérêts particuliers. Or, sur ce plan, la solution de la Cour de cassation n'est pas neuve. Elle rejoint le courant de jurisprudence qui déclare irrecevable pour le même motif la constitution de partie civile en matière fiscale (37) ou de la législation sur l'urbanisme (38). Plus récemment, la Chambre criminelle a consacré une solution identique à l'occasion de l'obligation de dénoncer un crime qu'édicte l'article 62 du Code pénal (39). Enfin les arrêts *Milhaud* et *Nicolas* trouvent un

(37) Cass. crim. 19 mars 1931 : *S.* 1932, 1, 393, note HUGUENEY ; — 28 oct. 1959 : *Bull.* n° 453.

(38) Cass. crim. 26 nov. 1958 : *Bull.* n° 694.

(39) Cass. crim. 2 mars 1961 : *J.C.P.* 61, II, 12092, note LARGUIER.

précédent plus direct encore dans les arrêts qui ont repoussé la constitution de partie civile dans des poursuites pour infraction à la loi du 18 avril 1924 sur les loteries (40) et à la loi du 20 mars 1951 sur les ventes avec primes (41). Dans ces deux cas on se rapproche en effet, quant à l'objet de la loi, des dispositions de la législation économique *stricto sensu*.

La jurisprudence inaugurée par ces derniers arrêts a fait l'objet d'une critique unanime de la part de la doctrine (42). Sans reprendre le détail de l'argumentation, il suffit de relever qu'elle se fonde sur deux constatations indubitables : — toute incrimination pénale a pour objet la protection de l'intérêt général; — il est impossible d'imaginer *a priori* des infractions qui n'entraîneront jamais la lésion d'un intérêt particulier. La deuxième proposition est particulièrement vraie en matière d'entente. Il est aisé de concevoir un cartel d'achat qui porte un préjudice direct et personnel à un commerçant en ordonnant à ses membres de cesser toute relation d'affaire avec ce dernier. La distinction inaugurée par la Cour de cassation entre les lois qui peuvent donner lieu à une constitution de partie civile et les lois qui ne le peuvent jamais, se heurte à une impossibilité de droit et de fait. On ne peut suivre la haute juridiction dans cette voie.

De plus, pour la Cour de cassation, c'est à raison de la *nature* des infractions que la constitution de partie civile est impossible. Cette affirmation est peut-être fondée lorsqu'il s'agit de la pratique des prix illicites. Elle est tout à fait contestable en revanche lorsqu'il s'agit des pratiques assimilées à la pratique de prix illicites. L'article 37 de l'ordonnance 45-1483 n'a en réalité joué que le rôle d'un cadre commode dans lequel sont venues s'insérer les nouvelles infractions édictées

(40) Cass. crim. 4 nov. 1959 : *D.* 1960, 81.

(41) Cass. crim. 5 nov. 1959 : *D.* 1960, 80; — 2 mars 1961 : *J.C.P.* 61, II, 12039; — 19 avril 1961 : *J.C.P.* 61, II, 12168.

On notera cependant que dans les espèces relatives à la vente avec prime, la Cour de cassation ne justifiait pas sa solution par la seule référence à l'intérêt général et à la défense des consommateurs. Elle relevait également l'absence d'un préjudice direct et personnel subi par la partie civile. Ainsi, dans l'arrêt précité du 19 avril 1961, peut-on lire : « Attendu qu'à supposer que la vente irrégulière avec prime pût constituer une concurrence déloyale, il n'en résulterait aucun préjudice des Etablissements L... qui ne jouissent d'aucun privilège spécial auquel cette infraction ait porté atteinte, qu'un dommage indirect et éventuel qui ne saurait autoriser une intervention civile; que d'ailleurs les dispositions de la loi du 20 mars 1951 ont pour objet l'intérêt général et la défense des consommateurs et non la protection des intérêts privés des commerçants. »

De même, dans l'arrêt du 4 novembre 1959, relatif à la loi sur les loteries, il s'agissait de l'action d'un syndicat professionnel et sur ce point la décision pouvait se rattacher à la jurisprudence qui écarte la constitution de partie civile des syndicats chaque fois qu'ils ne justifient pas d'un préjudice direct porté aux intérêts de la profession. Ainsi, on peut dire que les arrêts rendus par la Cour de cassation à l'occasion d'infractions à la législation sur les ventes avec prime ou sur les loteries constituent une phase de transition entre la jurisprudence traditionnelle qui exige l'existence d'un intérêt personnel et direct et la jurisprudence relative aux ordonnances du 30 juin 1945 qui, elle, ne repose plus que sur la seule considération de l'objet de la loi. L'évolution a consisté à généraliser dangereusement un principe qui, en lui-même, était exact.

(42) V. surtout P. DURAND, *Défense de l'action syndicale* : *D.* 1960, Chr. 21; — DURY, note précitée; — CHAMBON, note précitée.

en matière économique. La pratique d'entente prohibée n'a qu'un lointain rapport avec le respect de la fixation des prix. Sur ce plan encore, la solution de la Chambre criminelle paraît critiquable.

255. — En second lieu, la Cour se fonde sur la procédure spéciale prévue par l'ordonnance 45-1484. Elle fait appel notamment à la possibilité d'une transaction intervenant à toute hauteur de la procédure et au fait que, selon l'article 19 de l'ordonnance, les procès-verbaux constatant l'infraction sont transmis au directeur départemental du contrôle économique, le parquet n'étant saisi qu'en l'absence de transaction. Ces deux arguments peuvent à première vue sembler plus convaincants.

L'article 33 de l'ordonnance 45-1484 dispose en son premier alinéa que « le procureur de la République, le juge d'instruction ou le tribunal peut, tant qu'une décision statuant au fond, contradictoirement ou par défaut, n'a pas acquis l'autorité de la chose jugée, faire droit à la requête des personnes poursuivies ou de l'une d'entre elles, demandant le bénéfice d'une transaction. Dans ce cas, le dossier est transmis au directeur départemental du contrôle économique aux fins de règlement transactionnel ». Si la transaction aboutit, elle met fin à l'action publique. Qu'advient-il alors de l'action civile ? Le juge pénal pourrait-il encore statuer à son égard ? La Cour de cassation a décidé que dans cette hypothèse la juridiction pénale se trouve dessaisie de l'action civile (43). Il appartient à la partie lésée de la porter devant la juridiction civile compétente.

On voit ainsi qu'il plane une incertitude sur l'aboutissement de l'action civile lorsque celle-ci est portée devant la juridiction répressive, d'autant plus que, contrairement à ce que l'on a pu dire (44), la transaction n'est pas exceptionnelle. Elle l'est peut-être au regard de l'ensemble de la procédure pénale; elle ne l'est pas en matière économique où toutes les règles tendent au contraire à en faciliter l'exercice. On comprend dès lors qu'il y ait une contradiction fondamentale entre les deux mécanismes : règlement transactionnel d'une part, constitution de partie civile d'autre part. Certes, cet argument ne constitue pas un obstacle absolu, puisque la transaction ne représente toujours qu'une simple possibilité. Dans une certaine mesure l'aboutissement de l'action civile devant le juge répressif n'est pas totalement exclu. On comprend néanmoins que l'intérêt présenté par la constitution de partie civile en soit gravement affecté.

Mais c'est le second argument tiré de la procédure spéciale qui semble le plus déterminant : selon l'article 19 de l'ordonnance 45-1484, les procès-verbaux qui constatent l'infraction sont transmis au directeur départemental du contrôle économique. Le parquet n'est saisi

(43) Cass. crim. 12 mai 1959 : *J.C.P.* 59, II, 11216, note H. G.

(44) DUREY, note précitée.

de l'affaire qu'en l'absence de transaction. De sorte que, dans cette mesure, le Ministère public n'est pas entièrement juge de l'opportunité des poursuites.

Or, il serait paradoxal d'admettre que le Ministère public, qui normalement dispose de l'action publique, puisse se trouver dans une situation inférieure à celle de la victime. L'argument est, en droit, de peu de portée car selon l'article 5 de la même ordonnance les infractions à la législation économique sont constatées non seulement au moyen de procès-verbaux mais encore par information judiciaire et il est clair que dans ce dernier cas, l'administration n'ayant pas connaissance de l'affaire, le parquet reste entièrement maître de la mise en mouvement de l'action publique. On notera cependant que, en fait, les infractions sont très rarement constatées par la voie judiciaire : la constatation par procès-verbaux dressée par les agents de contrôle économique reste la voie normale.

En définitive ces arguments tenant à la technique procédurale expliquent plus qu'ils ne légitiment la solution admise par la Cour de cassation. Du strict point de vue juridique ils ne sont pas absolument convaincants.

256. — Faut-il dès lors laisser planer un doute sur la possibilité pour la victime d'une entente de se constituer partie civile devant le juge d'instruction ? Non, car un élément nouveau, spécial à la procédure instituée pour l'application des articles 59 *bis* et 59 *ter* interfère ici dans la discussion. Le dernier argument avancé par la Cour de cassation dans les deux arrêts *Milhaud* et *Nicolas* méritent d'être repris : douteux lorsqu'il s'applique à la procédure générale instituée par l'ordonnance 45-1484 — et dans les deux espèces il s'agissait du délit de hausse illicite et du délit de refus de vente qui donnent lieu à l'application de cette procédure — il est déterminant, en revanche, lorsqu'il a trait à la procédure instituée par le décret du 27 janvier 1954. En effet, suivant l'interprétation que nous avons proposée, le parquet saisi par l'information judiciaire doit obligatoirement renvoyer l'affaire devant le ministre chargé des affaires économiques afin que ce dernier la transmette pour avis à la Commission technique. Au vu de l'avis de la Commission, le ministre est libre de transmettre le dossier au parquet aux fins de poursuites. Celui-ci n'est donc en aucun cas seul juge de l'opportunité des poursuites.

C'est justement cette prérogative que la loi a voulu conférer au ministre, que l'on méconnaîtrait en admettant les constitutions de partie civile. L'argument est déterminant, il interdit de reconnaître aux victimes d'une entente la possibilité de se constituer partie civile devant le juge d'instruction. En revanche, rien ne s'oppose à ce qu'elles portent leur action devant les juridictions civiles dès lors qu'elles peuvent justifier d'un préjudice direct et personnel.

Pour la même raison, il faut admettre évidemment que le parti-

culier lésé ne pourrait pas citer directement les membres d'une entente devant le tribunal correctionnel (45).

257. — On voit comment s'opposent l'article 419 du Code pénal et l'article 37-3° de l'ordonnance 45-1483 sur le terrain de leur mise en œuvre.

1° Dans le cas de l'infraction prévue par l'article 419 deux personnes peuvent mettre en mouvement l'action publique : le ministère public par la voie du réquisitoire introductif; la victime par une plainte avec constitution de partie civile.

2° Dans le cas de l'infraction prévue par l'article 37-3°, seul le Ministère public peut mettre en mouvement l'action publique, soit par citation directe, soit par réquisitoire introductif, mais à condition que le ministre chargé des affaires économiques ait décidé qu'il y avait lieu à poursuites.

3° Dans tous les cas, la victime peut porter son action devant la juridiction civile.

B. — La procédure d'instruction

1° INFRACTION A L'ARTICLE 419 DU CODE PÉNAL

258. — L'instruction est alors essentiellement l'œuvre de l'autorité judiciaire. Il n'y a pas de place pour une enquête administrative. Il peut se faire cependant que, au cours d'une instruction effectuée sur la base de l'article 37-3° de l'ordonnance 45-1483, l'autorité administrative estime qu'il y a lieu d'appliquer l'article 419 du Code pénal. C'est ce cas que laisse sous-entendre l'article 59 *quater* 5° lorsqu'il dispose que le ministre peut transmettre le dossier au parquet en vue de l'application de l'article 419. Dans ce cas, l'enquête administrative et l'avis de la Commission technique seront appelés à jouer un certain rôle, mais d'une manière indirecte seulement.

Normalement, l'instruction est donc menée par le juge d'instruction, exclusivement, selon les règles de droit commun. Cette instruction est obligatoire. Elle ne présente de particularités que sur le seul plan de l'expertise (46).

La loi du 3 décembre 1926 dispose en son article 3, 2° alinéa que

(45) Signalons que le tribunal correctionnel de la Seine avait déjà admis cette solution au motif que selon l'art. 5, l'infraction ne peut être constatée que par procès-verbal ou information judiciaire. Selon le tribunal cette disposition interdisait la citation directe, émanant d'un particulier : Trib. corr. 27 oct. 1959; *GP.* 1959, 2, 338; *JCP.* 59, II, 11310.

(46) La loi du 10 mars 1918, en ajoutant un 4° alinéa à l'art. 414 CIC, avait étendu au cas de l'art. 419 C. pén. les dispositions applicables en matière de faux, qui permettaient aux magistrats de continuer, hors de leur ressort territorial, les visites nécessaires à l'instruction. Ces dispositions n'ont pas été reprises par le C. de proc. pén. On doit les tenir pour abrogées et il faudrait appliquer aujourd'hui les règles de droit commun concernant le transport des magistrats, tels que les prévoient les articles 69 et 93 C. proc. pén.

« si au cours de l'instruction, le juge décide de recourir à une expertise, il sera adjoint à l'expert désigné par le juge d'instruction un expert choisi par l'inculpé si celui-ci en fait la demande ». Ainsi, l'expertise n'est pas obligatoire, mais si l'on y procède, elle est obligatoirement contradictoire à la demande de l'inculpé (47). En cas de désaccord entre les experts, la loi prévoit qu'un tiers expert sera désigné par le juge d'instruction.

La règle de l'expertise contradictoire doit-elle jouer lorsque c'est la juridiction de jugement qui fait procéder à l'expertise ? La loi ne le prévoit pas. Il semble cependant normal de l'admettre; il est difficile au cours de l'instruction définitive de refuser à l'inculpé une garantie qui lui est offerte lors de l'instruction préparatoire (48).

Enfin, selon la loi du 3 décembre 1926, l'ordonnance de renvoi du juge d'instruction doit être motivée. Le tribunal correctionnel du Havre avait estimé que l'absence de motivation entraînait la nullité de l'ordonnance (49). On peut se demander si l'exigence posée par la loi ne fait pas double emploi avec celle de l'article 184 du Code de procédure pénale. Dans l'affirmative, il faudrait tenir compte de la jurisprudence récente de la Cour de cassation qui estime que la motivation ne constitue pas une disposition substantielle et qu'il suffit que l'ordonnance se réfère explicitement aux réquisitions du Ministère public qui figurent au dossier et qui sont motivées (50).

2° INFRACTION A L'ARTICLE 37-2° DE L'ORDONNANCE 45-1483

259. — Les règles ordinairement applicables en cas d'infraction à la législation économique sont alors sensiblement modifiées. Les règles spéciales au délit d'entente prohibée conduisent en effet à un renforcement des pouvoirs de l'administration, puisque toutes les affaires sont portées à la connaissance du ministre chargé des affaires économiques. On peut distinguer trois phases dans la procédure d'instruction.

a) *La transmission des dossiers au ministre*

Aux termes de l'article 5 de l'ordonnance 45-1484, les infractions sont constatées au moyen de procès-verbaux ou par information judiciaire. Dans le premier cas, la constatation s'opère suivant les règles

(47) Le fait que la double expertise soit accordée à la demande de l'inculpé emporte deux conséquences : 1° l'expertise est impossible lorsque l'instruction est ouverte contre X... Il faut d'abord procéder à l'inculpation; 2° si après sa demande l'inculpé refusait de désigner le deuxième expert, afin de paralyser la procédure, le juge d'instruction devrait passer outre, après mise en demeure.

(48) L. MAZEAUD, *Le régime juridique des ententes*, précit., p. 193; — PLAISANT et LASSIER, *Les ententes industrielles*, précit., n° 95.

(49) GP. 1935, 1, 698.

(50) Cass. crim. 4 fév. 1960 : Bull. n° 66.

posées par le Livre II de l'ordonnance (51). Il convient seulement d'ajouter à la liste des personnes habilitées à dresser les procès-verbaux, telle que la détermine l'article 6, les rapporteurs devant la Commission technique des ententes lorsque celle-ci se saisit d'office. En fait, on remarquera que les agents du contrôle économique évitent de dresser procès-verbal et se contentent en général d'établir un simple rapport, aux termes d'une enquête plus ou moins longue.

Le rapport d'enquête est alors transmis au directeur départemental du contrôle économique, mais celui-ci ne dispose pas alors des pouvoirs étendus que lui reconnaît l'article 19 dans la procédure normale. Il ne dispose pas non plus, à ce stade de la procédure, du pouvoir de transiger que lui accorde l'article 22. En matière d'entente, le directeur départemental devient un simple agent de transmission : il assure le transfert du rapport d'enquête au ministre chargé des affaires économiques.

La constatation des infractions par les agents de l'administration constitue le cas normal. La constatation par voie judiciaire est, en pratique, tout à fait exceptionnelle. Dans ce cas, ce sont les règles du droit commun qui s'appliquent. Mais le parquet doit obligatoirement transmettre le dossier au ministre chargé des affaires économiques, par l'intermédiaire du garde des sceaux (52).

Le ministre a donc connaissance de toutes les affaires qui peuvent donner lieu à l'application de l'article 37-3° Deux voies sont alors ouvertes : — si le ministre estime qu'il y a urgence, flagrant délit ou récidive, il renvoie l'affaire au parquet et les poursuites proprement dites peuvent alors commencer. — Dans tous les autres cas, il doit saisir la Commission technique des ententes.

b) Les compléments d'enquête effectués à la diligence de la Commission technique

Ils sont l'œuvre soit des rapporteurs auprès de la Commission soit des services du ministère des affaires économiques agissant à la requête du président de la Commission (53). Dans ce dernier cas, l'administration pourra recourir à l'expertise soit par expert désigné unilatéralement dans les termes de l'article 17 de l'ordonnance 45-1484, soit par expertise contradictoire, dans les termes de l'article 18.

c) L'instruction menée par l'autorité judiciaire

Au vu de l'avis rendu par la Commission, le ministre décide souverainement de la suite qu'il convient de donner à l'affaire. Il peut soit la classer, soit transmettre le dossier au parquet. Dans ce dernier cas

(51) Signalons cependant que le cas de flagrant délit est difficilement imaginable en notre matière. De toute façon, l'art. 16 1^{er} al. ne pourrait pas jouer : en matière de flagrant délit, seul le ministre serait compétent pour saisir le parquet, comme cela ressort de l'art. 59 *quater*, 5^e al. de l'ordonnance 41-1983.

(52) V. *supra*, n° 237.

(53) Décret du 27 janv. 1954, art. 8.

c'est la procédure pénale ordinaire qui est applicable. Lorsqu'une instruction préparatoire est ainsi ouverte, le juge d'instruction peut donner commission rogatoire aux fonctionnaires appartenant aux cadres supérieur et principal du contrôle et des enquêtes économiques, spécialement habilité à cet effet par le garde des sceaux sur proposition du ministre chargé des affaires économiques (54).

L'instruction définitive obéit aux règles de la procédure ordinaire, sous cette réserve que le directeur des enquêtes économiques peut déposer des conclusions qui sont jointes à celles du ministère public. Un fonctionnaire ou un avocat peut en outre les développer oralement à l'audience (55).

C. — Les décisions

260. — Ici encore, la procédure répressive peut prendre deux aspects totalement différents selon qu'elle met en œuvre l'article 419 du Code pénal ou l'article 37-3° de l'ordonnance 45-1483. Dans le premier cas, aucune particularité n'est à signaler. Ce sont les règles ordinaires qui s'appliquent : ou bien les membres de l'entente ne sont pas reconnus coupables et font l'objet d'une ordonnance de non-lieu ou d'une décision de relaxe, ou bien ils sont condamnés aux peines prévues par la loi. Dans le second cas, au contraire, rien ne subsiste plus de cette alternative classique, car les poursuites peuvent donner lieu à des solutions beaucoup plus nuancées. Au cours de la procédure d'enquête administrative d'une part, les promoteurs d'une entente peuvent être amenés à la réformer volontairement ; au cours de la procédure judiciaire d'autre part, la possibilité d'une transaction entre l'administration et les délinquants reste toujours ouverte. A vrai dire, la condamnation n'intervient que tout à fait exceptionnellement. Le rôle des pénalités est essentiellement comminatoire. Le règlement transactionnel constitue presque, en fait, l'issue normale des poursuites.

1° LA DÉCISION DE TRANSMISSION DE L'AFFAIRE AU PARQUET PRISE PAR LE MINISTRE

261. — Si l'on s'en tenait aux termes de l'article 59 *quater* 5° alinéa, l'objet de la décision prise par le ministre au vu de l'avis de la Commission serait très simple : le ministre déciderait de classer l'affaire ou de transmettre le dossier au parquet. En réalité, deux articles du décret du 27 janvier 1954 ont pris un développement considérable. Il s'agit en premier lieu de l'article 15 : « Les avis de la Commission sont motivés. Ils peuvent, le cas échéant, contenir toutes suggestions concernant les pratiques examinées par la Commission ». Il s'agit en second lieu, de l'article 17 : « Le ministre chargé des affaires

(54) Art. 16, 6° al. de l'ordonnance 45-1484.

(55) Art. 38 de l'ordonnance 45-1484. Il faut admettre que le directeur départemental agit à la requête et selon les instructions du ministre, car en matière d'ententes le rôle de ce fonctionnaire est tout à fait limité : chargé seulement de transmettre les affaires au ministre, il ne peut avoir une véritable connaissance de celles-ci.

économiques peut, avant de prendre sa décision définitive, inviter les intéressés à prendre les mesures qu'il estime de nature à maintenir ou à rétablir la libre concurrence industrielle et commerciale ».

C'est en utilisant ces larges facultés que leur octroie la loi, que la Commission et le ministre ont engagé leur action dans la voie non pas de la répression pénale systématique mais de la recherche des remèdes positifs (56).

Aucun des avis rendus jusqu'ici par la Commission ne conclut à la nécessité d'une poursuite pénale immédiate. Aucune des décisions du ministre n'a eu pour objet de transférer l'affaire au parquet. Déjà, au cours de l'instruction menée par la Commission, des contacts sont établis avec les particuliers intéressés. Ceux-ci sont souvent amenés à infléchir leur ligne de conduite et à modifier les clauses de leur entente, de telle sorte qu'elle puisse bénéficier des dispositions de l'article 59 *ter*. Dans ses avis, la Commission en tient alors largement compte; sans formuler une condamnation de l'entente dans son ensemble, elle indique les points sur lesquels doivent porter les modifications encore désirables. Elle conseille l'octroi d'une période probatoire au cours de laquelle les entreprises en cause devront montrer leur volonté de se réformer.

C'est cette méthode que reprend en général le ministre. Il ne décide jamais purement et simplement de transmettre l'affaire au parquet ou de la classer. Utilisant la faculté que lui reconnaît l'article 17 du décret du 27 janvier 1954, il adresse une lettre aux dirigeants ou aux membres de l'entente, par laquelle il leur précise les conditions auxquelles ils peuvent échapper aux poursuites judiciaires. La pénalité est utilisée comme une menace. Cette pratique traduit le souci évident de régler l'affaire au stade de l'enquête administrative, sans mettre en mouvement la répression pénale. Elle revêt en outre un aspect transactionnel : l'administration consent à ne pas engager de poursuites relativement à l'activité passée de l'entente; les particuliers consentent à modifier les termes originaires de leur entente et à en atténuer le caractère restrictif (V. *Addendum*).

262. — Existe-t-il un recours juridictionnel contre les actes pris par le ministre ? Il faut ici distinguer entre deux catégories d'actes.

(56) TOUTÉE, *op. cit.*, p. 177 qui note que « La Commission pénétrée semble-t-il du caractère toujours évolutif d'une entente professionnelle paraît réputer soit à une absolution définitive, soit à une condamnation sans appel. Mettant en pratique la politique du « Wait and see », elle place le plus souvent les ententes sous un régime de mise en observation ou de « liberté surveillée » qui n'était pas expressément prévue par le décret du 9 août 1953, mais qui est bien conforme à l'esprit de l'institution, et qui représente le développement rationnel des termes du décret du 27 janvier 1954 ».

Dans le rapport pour l'année 1956, on peut lire que « D'une manière générale, la Commission a fait une place sans cesse plus grande, dans ses avis, aux préoccupations pratiques constructives : elle s'est efforcée de tracer des directives en vue d'une action positive des pouvoirs publics plutôt que de leur fournir une simple consultation juridique. Ce souci apparaît dans la rédaction minutieuse et par suite assez développée des considérants. Il se traduit surtout dans les solutions nuancées et les mesures concrètes proposées au « dispositif de ses avis » (*Rapports* 1954-59, p. 18).

En premier lieu, le ministre décide de *classer l'affaire ou de transmettre le dossier au parquet*. Il est évident que lorsqu'il adopte le second parti, il prend une décision qui fait grief aux particuliers intéressés. Pourrait-on dès lors admettre qu'elle puisse faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant la juridiction administrative ? Non, car bien que le ministre conserve ici la qualité d'un agent administratif, la décision qu'il prend participe à l'accomplissement de la fonction judiciaire et il n'est pas permis au juge administratif d'en connaître. Cela résulte de la distinction qui a été faite en jurisprudence entre l'exercice de la fonction judiciaire, pour lesquels les litiges relèvent du juge judiciaire, et l'organisation du service public, dont le contentieux demeure purement administratif (57).

Ce principe vaut du reste à l'égard de tous les actes effectués par des autorités administratives et qui concourent à la répression de l'infraction pénale qu'édicte l'article 37-3° : Qu'il s'agisse de la validité des actes de constatation (procès-verbaux, rapports, visites domiciliaires) ou qu'il s'agisse des actes qui se rattachent à la saisine des juridictions judiciaires. La liaison étroite qui existe juridiquement entre ces actes et l'instance pénale écarte la compétence de la juridiction administrative (58).

Ce sont donc les tribunaux judiciaires — tribunal correctionnel et chambre des appels correctionnels — qui sont compétents pour statuer sur la validité de la décision ministérielle. Si, par exemple, le ministre n'avait pas recueilli l'avis de la Commission technique, le tribunal devrait annuler la procédure de saisine et renvoyer le ministère public à se pourvoir comme il appartiendrait.

Mais, en second lieu, tout en renonçant à saisir les autorités

(57) Trib. conflits 27 nov. 1952, *Préfet de la Guyane* : *Rec.* p. 642; *JCP.* 53, II, 7598, note VEDEL.

(58) AUBY et DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, Paris 1962, T. I, p. 496 et s.; — C.-G. GOUR, *Le contentieux des services judiciaires et le juge administratif*, Paris 1960, p. 193. — Cons. d'Etat 4 fév. 1944, *Lemoine*; *Rec.* p. 47; — Cass. crim. 9 avril 1948 : *Bull.* n° 223.

Il est à noter cependant que les juridictions administratives se déclarent compétentes pour connaître des recours dirigés contre les agents administratifs lorsque ceux-ci *refusent* de provoquer la mise en mouvement de l'action publique (Cons. d'Etat 24 juill. 1936, *Syndicat général de défense des grands Vins de la Côte-d'Or*; *DP.* 1937, 3, 41., Concl. LAGRANGE, note WALINE; — Cons. d'Etat 30 sept. 1955 : *GP.* 1955, 2, 349). Le recours est alors intenté par le particulier qui éprouve un dommage du fait de l'infraction. On est alors tenté d'opposer la *décision de poursuivre*, qui participe à l'exercice de la fonction judiciaire, au *refus d'engager les poursuites*, qui constituerait un acte administratif, susceptible d'être attaqué par la voie du recours pour excès de pouvoir (Cons. d'Etat 30 septembre 1955, précit.) et qui pourrait engager la responsabilité de l'Administration (Cons. d'Etat 24 juillet 1936, précit.). Mais, en réalité, la jurisprudence du Conseil d'Etat ne vise que le *refus systématique* par l'autorité administrative d'engager les poursuites prévues par la loi. Ainsi, la décision de ne pas transmettre au parquet une affaire déterminée ne saurait jamais constituer un acte administratif faisant grief. En outre, dès lors que l'on refuse aux particuliers, victimes de l'infraction, le droit de se constituer parties civiles et de mettre en mouvement l'action publique, comme c'est le cas à propos de toutes les infractions à la législation économique (V. *supra*, n° 253 et s.) il semble contradictoire de leur accorder un recours contre la décision par laquelle le ministre refuse de transmettre le dossier au parquet.

judiciaires, le ministre peut, en usant de la faculté que lui laisse l'article 17 du décret du 27 janvier 1954, inviter les intéressés à prendre les mesures qu'il estime souhaitables pour rétablir la libre concurrence. Il peut même demander aux intéressés de lui fournir, d'une façon permanente, un certain nombre de renseignements (59). Mais alors, la lettre adressée par le ministre, quel que soit son contenu, ne constitue jamais une décision exécutoire (60). Il ne s'agit que d'une simple recommandation par laquelle le ministre fait savoir aux intéressés à quelles conditions ils pourront échapper aux poursuites judiciaires. La lettre du ministre a le caractère d'une *mesure annonciatrice* (61) et l'on ne peut que désapprouver l'arrêt de la Cour de Rennes, en date du 15 juin 1961 (62), selon lequel la lettre du ministre constituerait une « mise en demeure » et « un fait qui s'impose à tous » (V. *Addendum*).

2° LA TRANSACTION DANS LES TERMES DU DROIT COMMUN

263. — C'est alors que s'applique le régime prévu aux articles 22 et 33 de l'ordonnance 45-1484 modifiés par la loi du 28 novembre 1955 et par le décret du 7 décembre 1955. La transaction peut intervenir à deux moments différents. D'abord à l'issue de l'enquête administrative. Etant donné que la Commission technique doit examiner toutes les infractions aux prescriptions de l'article 59 *bis*, sauf le cas d'urgence, de récidive ou de flagrant délit, la transaction ne pourrait pas intervenir valablement avant que son avis n'ait été recueilli. C'est donc le ministre qui prend l'initiative de la transaction en renvoyant à cette fin le dossier au directeur départemental du contrôle économique. Celui-ci formulera alors des propositions de transaction conformément à l'article 22.

La transaction peut ensuite intervenir à toute hauteur de la procédure devant les juridictions judiciaires. Selon l'article 33 : « Le procureur de la République, le juge d'instruction ou le tribunal peut, tant qu'une décision statuant au fond, contradictoirement ou par défaut, n'a pas acquis l'autorité de la chose jugée, faire droit à la requête des personnes poursuivies ou de l'une d'entre elles, demandant le bénéfice de la transaction » (63). Il s'en suit que le bénéfice de la transaction doit être demandé par l'inculpé et que la décision faisant droit à cette demande ne constitue jamais qu'une faculté. S'il est fait droit à la demande, les poursuites sont suspendues et le dossier est

(59) V., par ex. à propos de l'affaire *Fabricants de bandes transporteuses en caoutchouc*, *Rapports* 1954-59, p. 5.

(60) Dans ce sens, P. H. TEITGEN, obs. sous Rennes 15 juin 1961 : *Dr. soc.* 1961, 459; — Y. LOUSSOUARN et J. D. BREDIN, *La réglementation des ententes : le recul du contrôle judiciaire* : *D.* 1963, 'chr., p. 36, n° 20.

(61) Comp. Cons. d'Etat 6 avril 1935, *Fexart*; *Rec.* p. 462.

(62) *Dr. soc.* 1961, 459. — V. l'avis de la Commission technique et la lettre du ministre : *Rapports* 1954-1959, p. 58.

(63) Le jugement faisant droit à la demande de transaction est susceptible d'appel. La Cour, qui est alors saisie du fond de l'affaire, peut refuser le renvoi aux fins de transaction et prononcer les condamnations prévues par l'ordonnance 45-1484 (Paris 28 nov. 1962 : *JCP.* 63, II, 13054, obs. H. GUÉRIN).

transmis au directeur départemental du contrôle économique. La transaction se réalise alors suivant les modalités qui sont prévues à l'article 22.

Lorsqu'elle intervient sur renvoi de l'autorité judiciaire, la transaction éteint l'action publique. Selon l'état d'avancement de la procédure, le parquet doit classer l'affaire sans suite, le juge d'instruction rendre une ordonnance de non-lieu, le tribunal ou la cour une décision de relaxe (64).

3° LA CONDAMNATION PÉNALE

264. — Dans sa rédaction initiale, l'ordonnance 45-1484 prévoyait un régime de sanctions administratives qui avait donné lieu à une remarquable jurisprudence du Conseil d'Etat. La loi du 28 novembre 1955 a abrogé ce régime et a rendu aux tribunaux judiciaires plénitude de juridiction en ce qui concerne l'application des peines. Sans doute, les pénalités sont-elles en pratique exceptionnellement prononcées, mais cette unité du régime répressif qui est résulté de la suppression des sanctions administratives est de la plus haute importance. On doit en effet considérer que toute la procédure de contrôle est placée sous le signe de la répression pénale et qu'elle participe, dès son origine, à l'exercice de la fonction judiciaire. Et cela est vrai aussi bien à l'égard des actes accomplis par les services judiciaires qu'à l'égard de ceux qui sont l'œuvre des autorités administratives. Selon l'heureuse expression d'un auteur « la matière est judiciaire dans sa totalité par la volonté de la loi » (65) (V. *Addendum*).

265. — On relève ainsi l'opposition très nette qui caractérise l'article 419 du Code pénal d'une part, et les articles 59 *bis* et 59 *ter* de l'ordonnance 45-1483 d'autre part, sur le terrain de leur mise en œuvre.

a) L'article 419 du Code pénal donne lieu à une action répressive du type classique.

— *aa*) Cela se comprend lorsque l'on sait que la disposition ne vise que certaines ententes, celles qui comportent les effets les plus critiquables et dont les auteurs sont nécessairement de mauvaise foi.

— *ab*) L'infraction ouvre la voie à une constitution de partie civile de la victime lorsque celle-ci justifie d'un préjudice direct et personnel. Cela se comprend lorsque l'on sait que la jurisprudence

(64) Qui est compétent pour connaître des recours dirigés contre la transaction ? A l'époque où il existait un régime de sanctions administratives, c'est-à-dire dans le système initial de l'ordonnance 45-1484 avant qu'il soit modifié par la loi du 28 novembre 1955, on considérait que la transaction faisait partie de la suite administrative de l'infraction : le juge administratif était naturellement apte à en connaître. Mais aujourd'hui, la connaissance de l'infraction à l'art. 37-3° est uniquement attribuée au juge judiciaire. La transaction, lorsqu'elle intervient, se rattache à la procédure répressive judiciaire et les tribunaux judiciaires sont seuls compétents pour en connaître (C.-G. GOUR, *op. cit.*, p. 197; — AUBY et DRAGO, *op. cit.*, T. I, p. 498, n° 420).

(65) C. G. GOUR, *op. cit.*, p. 197.

applique surtout la disposition pénale aux ententes de type dolosif, dirigées contre des tiers.

— *ac*) Mais on ne saurait oublier que le contrôle d'une entente reste toujours chose délicate. Il est normal que l'instruction préparatoire soit toujours obligatoire.

b) Les articles 59 *bis* et 59 *ter* de l'ordonnance 45-1483 et leur corollaire, l'article 37-3°, donnent lieu à un contrôle qui, lui aussi, est placé sous le signe de la répression pénale. Mais ici, la répression de type classique est surtout virtuelle.

— *ba*) Tout contrôle doit obligatoirement débiter par la phase administrative. L'avis de la Commission technique des ententes est requis dans tous les cas, sauf urgence, récidive ou flagrant délit.

— *bb*) Dans tous les cas, le ministre reste seul juge de la transmission de l'affaire au Parquet.

— *bc*) Le contrôle ne peut pas être provoqué par les particuliers se constituant partie civile.

— *bd*) La procédure de contrôle doit finalement aboutir, par des voies transactionnelles diverses, à une réforme des ententes dans un sens favorable à l'intérêt économique général. Cette issue apparaît comme normalement souhaitable, lorsque l'on sait que les articles 59 *bis* et 59 *ter* s'appliquent à toutes les ententes et qu'ils font appel comme critère du contrôle aux effets objectifs de celles-ci.

Tels sont les grands traits du contrôle lorsqu'il est provoqué et exercé par la puissance publique. A côté de lui existe encore un contrôle provoqué par les particuliers, à raison des conséquences civiles qui découlent du statut des ententes.

§ 2. — *Le contrôle exercé à l'occasion des procès civils*

266. — Le contrôle de la validité d'une entente par le juge civil est nécessaire dans deux hypothèses différentes. Le litige peut en effet avoir pour objet soit la nullité d'un accord ou d'une décision, soit la réparation d'un préjudice qui a été causé par l'entente.

Un particulier peut agir en nullité ou soulever une exception de nullité à l'encontre des accords et décisions sur lesquels repose l'entente. La partie qui argue de la nullité cherche alors à se soustraire à ses obligations (66). Quelle peut être la source de la nullité ? Elle peut se trouver dans la *cause* de l'acte juridique lorsque celle-ci est illicite parce que se confondant avec l'infraction édictée par l'article 419 du Code pénal. Elle peut se trouver dans l'*objet* de l'acte juridique lorsque celui-ci se trouve en contradiction avec l'interdiction portée par l'article 59 *bis* de l'ordonnance 45-1483. Du reste, dans

(66) Selon l'art. 59 *bis*, la nullité peut être invoquée par les parties et par les tiers, mais elle ne peut être opposée aux tiers par les parties (Comp. en ce qui concerne la nullité de la société anonyme, Cass. civ. 18 juill. 1906 : *D.* 1908, 1, 21, note THALLER; *S.* 1907, 1, 265, note NAQUET).

ce dernier cas, l'article 59 *bis*, 2^e alinéa, dispose lui-même que tout engagement ou convention se rapportant à une pratique prohibée par l'alinéa 1^{er} est nul de plein droit.

Un particulier peut, d'autre part, agir en réparation devant les tribunaux civils. La partie lésée cherche alors à prouver que l'activité qui est à la source du dommage qu'elle a éprouvé constitue un comportement fautif parce que contraire à la loi.

Dans ces deux cas, le contrôle de l'entente s'impose. Il faudra dire si elle rentre dans la catégorie des ententes admises ou condamnées.

267. — L'instance se déroulera devant le tribunal de grande instance, le tribunal de commerce ou la cour d'appel, en suivant la procédure ordinaire. *Ratione materiae*, le tribunal compétent en première instance sera le plus souvent le tribunal de commerce, puisque c'est lui qui connaîtra de toutes les ententes relatives à une activité commerciale.

Seules trois questions particulières peuvent donner lieu à difficulté. Il s'agit du rôle exact que joue en cette matière la Commission technique des ententes, de l'autorité au civil de la chose jugée au pénal et des délais de prescription.

A. — Rôle de la Commission technique des ententes en matière civile

268. — L'avis de la Commission peut être fort important pour éclairer le tribunal lorsqu'il a à appliquer les articles 59 *bis* et 59 *ter*. Incidemment, il peut l'être encore pour apprécier l'entente au regard de l'article 419 du Code pénal. Or, le tribunal peut-il dans tous les cas disposer de cet avis ? On se trouve en face de trois situations différentes.

1^o La Commission a déjà rendu un avis qui a été communiqué au ministre. Il faut supposer alors que ce dernier n'a pas encore transmis le dossier au parquet ou bien que le parquet n'a pas encore mis en mouvement l'action publique. La règle, le criminel tient le civil en l'état, ne joue pas et rien ne s'oppose à ce que les tribunaux civils statuent sur la validité de l'entente. Dans ce cas, suivant l'article 59 *bis*, 3^e alinéa, l'avis de la Commission doit être communiqué à la juridiction saisie. Celle-ci va donc surseoir à statuer et demander au parquet la transmission de l'avis par la voie ordinaire. Mais il va de soi que le juge ne sera nullement lié par les conclusions de la Commission (67).

2^o La Commission technique est saisie de l'affaire mais n'a pas encore rendu son avis. Dans ce cas, la juridiction civile reste libre de la conduite à tenir. Elle peut surseoir à statuer jusqu'à ce que

(67) Ainsi, dans son arrêt du 4 novembre 1959 (*JCP.* 60, II, 11488, note R. PLAISANT), la Cour de Paris a pu constater au vu de l'avis de la Commission technique (avis rendu à propos du syndicat des réparateurs de matériel roulant de chemin de fer, *Rapports* 1954-59, p. 55) que l'action d'un syndicat avait réalisé une entente et que cette action était fautive.

la Commission ait rendu son avis définitif qui devra alors lui être transmis (68); elle peut également rendre sa décision sans attendre le résultat de l'enquête que mène la Commission (69).

3° La Commission technique n'a pas été saisie de l'affaire. La juridiction civile ne peut pas saisir la Commission pour avis, puisque l'application des articles 59 *bis* et 59 *ter* ou de l'article 419 du Code pénal ne constitue jamais une question préjudicielle qui puisse faire l'objet d'un renvoi devant la Commission (70). Les juridictions ordinaires sont compétentes pour se prononcer sur tous les problèmes qui touchent à cette application. Cependant, la juridiction civile pourrait demander au parquet de provoquer la saisine de la Commission par l'intermédiaire du garde des sceaux et du ministre chargé des affaires économiques. Mais en tous cas le principe de l'indépendance du Ministère public s'oppose à ce que le Tribunal lui donne une injonction. Il ne pourrait pas lui ordonner de provoquer la saisine de la Commission par l'intermédiaire du garde des sceaux.

On doit convenir que le système est peu satisfaisant. L'avis de la Commission peut être de très grand intérêt pour apprécier les véritables caractères d'une entente. Or les tribunaux se trouvent dans l'impossibilité de provoquer un tel avis dans tous les cas. Cela provient du rôle quelque peu équivoque de la Commission, qui n'est ni un expert appelé à statuer sur toutes les difficultés en matière d'entente, ni un simple conseiller technique du Ministre. Il serait souhaitable, que la Commission technique puisse être saisie directement pour avis, par les juridictions ordinaires (V. *Addendum*).

B. — L'autorité au civil de la chose jugée au pénal

269. — La décision rendue par le juge civil doit tenir compte de tous les éléments de la décision pénale avec lesquels elle risque d'entrer en contradiction. S'agissant d'une entente, c'est essentiellement la question de validité qui pourrait donner lieu à des contradictions de décisions.

Lorsque se pose le problème de la nullité des accords ou des

(68) S'agissant d'une action en réparation, il serait alors possible au tribunal d'appliquer l'art. 2-1 de la loi du 2 juillet 1963. Ce texte dispose en effet que tout commerçant, industriel ou artisan qui introduit une action en réparation du préjudice subi du fait d'actes de concurrence déloyale ou illicite peut, en outre, demander suivant une procédure qui sera fixée par décret en Conseil d'Etat que, en attendant qu'il soit définitivement statué au fond, la cessation des agissements reprochés au défendeur soit ordonnée à titre provisoire et sous astreinte comminatoire.

(69) C'est la seconde de ces deux voies qui a été suivie par la Cour de Lyon, dans son arrêt du 13 juin 1960 (*D.* 1961, 148, note F. GORÉ; *JCP.* 61, II, 12103, note M. BOITARD).

Constatant que la Commission technique des ententes, appelée à se prononcer sur le caractère licite ou non de l'entente en cause, n'a pas encore fait connaître son avis, la Cour désigne un expert aux fins de constater si l'entente réunit les conditions prévues par l'art. 59 *ter* et de préciser qu'elles conséquences elle a entraînées sur les prix.

(70) V. *supra*, n° 245.

décisions qui sont le fondement de l'entente, la solution est relativement simple : la condamnation pénale est liée à la nullité de ces accords et décisions. Le juge civil devra la constater. En cas d'acquittement, la solution est différente suivant que le juge pénal s'est prononcé à l'égard de l'article 419 du Code pénal ou de l'article 59 *bis* de l'ordonnance 45-1483. Cela provient du fait que l'article 419 ne vise que certaines ententes alors que les articles 59 *bis* et 59 *ter* régissent la validité de toutes les ententes.

— Si l'acquittement a été prononcé du chef de l'article 419, cela ne signifie pas que l'entente soit, par ailleurs, licite au regard de l'article 59 *bis*. Dans cette mesure, le juge peut encore se prononcer sur la nullité des accords et décisions par application de l'article 59 *bis*, ou du principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

— Si, au contraire, l'acquittement a été prononcé du chef de l'article 59 *bis*, que se passe-t-il ? Il convient encore de distinguer selon le motif de l'acquittement. Ou bien le juge pénal a estimé que le groupement en cause ne constituait pas une entente au sens de l'article 59 *bis* : l'application éventuelle de l'article 419 n'est pas de ce fait nécessairement exclue. L'article 419 s'applique en effet à d'autres comportements que ceux qui caractérisent une entente. Le juge pénal peut, par exemple, décider qu'une pratique restrictive doit être considérée comme un comportement individuel : il échappe à l'article 59 *bis* mais peut encore tomber sous le coup de l'article 419. Ou bien le juge pénal a prononcé l'acquittement parce qu'il a estimé que les justifications prévues par l'article 59 *ter* étaient réunies. Alors sa décision postule, *a fortiori*, l'absence d'infraction du chef de l'article 419. En effet, dans la mesure où l'article 419 s'applique aux comportements collectifs, les éléments d'incrimination qu'il prévoit rentrent forcément dans le cadre plus large de ceux prévus par l'article 59 *bis*. Alors que l'article 59 *bis* vise les accords et décisions qui peuvent avoir un effet sur la concurrence et sur les prix, l'article 419 ne concerne que les seuls accords et décisions qui, par leur effet sur la concurrence et sur les prix doivent procurer aux membres de l'entente un bénéfice anormal. Ainsi, en cas d'acquittement motivé par l'application de l'article 59 *ter*, le juge civil doit conclure à la validité des accords et décisions que l'on soumet à son contrôle.

270. — Les actions en réparation d'un préjudice subi mettent également en jeu le problème de la validité de l'entente. Les membres ont-ils commis l'infraction prévue par l'article 419 du Code pénal ou par l'article 37-3° de l'ordonnance 45-1483, ils ont commis une faute qui justifie l'application de l'article 1382 du Code civil, à condition toutefois que soient réalisés les autres éléments de la responsabilité civile. Dans tous les cas, le juge civil doit tenir compte de la condamnation prononcée par le juge pénal, car toute faute pénale constitue en même temps une faute civile.

Quelle est en revanche la portée d'une décision d'acquittement ? Peut-on imaginer que n'ayant pas commis de faute pénale, les membres

de l'entente puissent être convaincus d'avoir commis une faute purement civile ? Dans le cas de l'article 419 la solution n'est pas douteuse. Le texte ne vise qu'un comportement déterminé et l'on peut imaginer que tout en échappant à la condamnation qu'il édicte, les membres de l'entente se soient rendus fautifs sur le strict plan civil (71). Mais dans le cas de l'article 37-3°, on peut se demander si vraiment il y a place pour une faute civile éventuelle à côté de la faute pénale. L'article 59 *bis* semble exiger un comportement général de prudence, puisqu'il vise toutes les ententes qui peuvent avoir pour effet d'entraver le plein exercice de la concurrence en faisant obstacle à l'abaissement des prix de revient ou de vente, ou en favorisant une hausse artificielle des prix. Il semble bien qu'une telle obligation soit si large, que la faute pénale englobe ici toute faute civile imaginable.

On admet en doctrine que deux conditions doivent être réalisées pour que la faute pénale englobe toute faute civile personnelle (72). D'abord l'infraction doit être une infraction d'imprudence; ensuite la loi pénale doit réprimer toute imprudence qui parvient au résultat interdit. Or, il est indéniable que ces deux conditions sont réalisées dans les cas visés aux articles 59 *bis* et 59 *ter*. La loi réprime la faute même inintentionnelle puisqu'il suffit que l'entente *puisse avoir* un certain effet. La loi ne vise pas, d'autre part, certaines imprudences déterminées mais toute imprudence qui parvient au résultat : des effets sur la concurrence et sur les prix que ne peuvent pas justifier les effets favorables prévus à l'article 59 *ter*.

Ainsi, s'agissant d'une infraction à l'article 37-3°, la faute pénale englobe toute faute civile. Si les membres d'une entente ont été acquittés par application de l'article 59 *ter*, aucune action en responsabilité ne pourra être intentée contre eux avec succès, qui tendrait à la réparation d'un préjudice subi du fait de cette entente. L'autorité de la chose jugée au pénal s'y oppose (73).

C. — Les délais de prescription

271. — Il faut encore distinguer entre les actions en nullité et les actions en réparation.

(71) De tout temps la jurisprudence a décidé, en particulier, qu'une entente pouvait échapper à l'art. 419 et constituer cependant une violation du principe de la liberté du commerce et de l'industrie (sur ce point, *infra*, n° 314 et n° 326).

(72) H., L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, Paris 1958, T. II, p. 768, n° 1822.

(73) On ne saurait donc tenir pour absolument exact un motif de l'arrêt rendu par la Cour de Paris le 4 novembre 1959 (précit.) : Selon la Cour, « sans qu'il y ait lieu de rechercher, dans le cadre d'une action en responsabilité, si cette entente échappait à la prohibition en raison de sa finalité, il convient de constater, au vu de l'avis de la Commission technique des ententes en date du 21 novembre 1958, qu'elle a existé et qu'elle a conduit à l'élimination des Etablissements Mariage ces constatations confirmant le caractère fautif de l'action du syndicat » ; Certes, les tribunaux ne sont nullement liés par l'avis de la Commission; sans doute, saisie d'une action en responsabilité, la juridiction civile n'a pas à statuer sur la nullité de l'accord ou de la décision en cause, mais l'on ne saurait admettre d'une manière aussi absolue, que la constatation de la faute puisse être détachée des justifications que pose l'art. 59 *ter*.

1° EN CE QUI CONCERNE LES ACTIONS EN NULLITÉ :

La nullité qui est ici invoquée est une nullité absolue, puisque fondée sur le caractère illicite de la cause ou de l'objet des obligations souscrites par les membres de l'entente. L'action en nullité se prescrit par trente ans à compter de la conclusion du contrat qui sert de base à l'entente. Il en va de même en ce qui concerne la nullité qui vicie la décision prise par les représentants d'un groupement.

2° EN CE QUI CONCERNE LES ACTIONS EN RÉPARATION :

Il faut alors tenir compte de la prescription pénale, puisque l'article 10, alinéa 1^{er}, du Code de procédure pénale dispose que l'action civile ne peut être engagée après l'expiration du délai de prescription de l'action publique. En outre, aux termes de l'alinéa 2 du même article, lorsqu'il a été définitivement statué sur l'action publique et si une condamnation pénale a été prononcée, l'action civile mise en mouvement dans les délais prévus par les précédents articles se prescrit par trente ans. Ainsi, la situation est différente suivant qu'est survenue ou non une condamnation pénale.

Aucune condamnation pénale n'a encore été prononcée : il n'y a pas lieu de distinguer entre les actions civiles fondées sur une faute pénale et celles qui sont fondées sur une faute purement civile. En effet, en matière d'entente, il y a coïncidence exacte entre toute faute civile et la faute pénale née de l'inobservation de l'article 59 *bis*. Toutes les actions en réparation susceptibles d'être dirigées contre les membres d'une entente constituent des actions civiles nées de l'infraction à l'article 37-3° de l'ordonnance 45-1483. La prescription pénale de trois ans est donc applicable dans tous les cas (74). Ce délai court à compter du dernier fait signalé comme manœuvre délictuelle.

Une sanction pénale a été prononcée : toutes les actions en réparation dirigées contre les personnes qui, par voie d'entente, ont causé à autrui un préjudice certain seront recevables pendant trente ans à compter de la réalisation de l'acte dommageable.

(74) La partie lésée ne pourrait d'ailleurs pas tenter d'échapper à la prescription pénale en déguisant la nature du fait en un simple délit civil, car il appartient au juge de rétablir la qualification exacte des faits. Comp. Cass. civ. 5 janv. 1942 : *DC.* 1942, 62; — Cass. req. 16 avril 1945 : *JCP.* 46, II, 3178, note HOUIN.

CHAPITRE DEUXIEME

LES REGLES DE CONTROLE EN DROIT COMMUNAUTAIRE

SECTION I

DANS LE TRAITÉ CEEA

272. — C'est l'article 65 CEEA qui prévoit lui-même les règles de contrôle. La procédure en est fort simple. Le contrôle est confié à la Haute Autorité exclusivement, sous réserve toutefois d'un recours toujours possible devant la Cour de Justice des Communautés. Seuls ces organes sont compétents pour décider si une entente tombant sous le coup de l'article 65 réunit les conditions prévues pour sa validité.

En second lieu, le contrôle est effectué *a priori*. Cela découle des termes de l'article 65-2° suivant lesquels, « la Haute Autorité autorise des accords de spécialisation ou des accords d'achat ou de vente en commun... ». Cela signifie qu'aucune entente ne peut se former en l'absence d'une décision de caractère individuel prise par la Haute Autorité. Les membres de l'entente doivent déposer une demande d'autorisation et la Haute Autorité rend :

— soit une attestation négative par laquelle elle reconnaît que le groupement ne constitue pas une entente au sens de l'article 65 et qu'il n'y a pas lieu de statuer à son égard;

— soit une décision de refus d'autorisation;

— soit une décision d'autorisation qui peut être accordée à des conditions déterminées et pour une période limitée. Cette décision doit être publiée au *Journal officiel des Communautés européennes*.

C'est donc l'autorisation qui marque la naissance de l'entente au regard du droit. C'est à compter de sa date que l'entente pourra produire des effets juridiques. *L'autorisation est une condition de la validité de l'entente*, d'où les conséquences suivantes :

1° *La décision qui l'octroie est pourvue d'un caractère constitutif.*

Elle porte effet pour l'avenir et ne rétroagit pas au jour de la formation de l'entente (1).

(1) Dans ce sens, JÉRUSALEM, *op. cit.*, p. 154; — KRAWIELICKI (*op. cit.*, p. 31 et 32) émet l'opinion que l'autorisation ne peut pas rétroagir à l'égard des

2° De même, le retrait d'autorisation par la Haute Autorité ne peut retentir sur la validité antérieure de l'entente.

3° Tant qu'une entente n'a pas obtenu son autorisation elle n'est pas susceptible de produire des effets juridiques. Si en dépit de l'absence d'autorisation les membres de l'entente ont passé certains actes, ceux-ci sont nuls (2).

Ce système est donc marqué par l'existence d'un critère précis de la validité des ententes. Seules sont licites celles qui ont fait l'objet d'une autorisation individuelle. Toutes les autres sont interdites.

273. — Que se passe-t-il dès lors si un litige concernant une entente vient à être porté devant la juridiction nationale ?

Doit-on considérer que, dans tous les cas, la question de validité constitue une question préjudicielle qui doit être renvoyée devant la Haute Autorité ? (3). Les termes de l'article 65-4° semblent commander cette solution : « la Haute Autorité a compétence exclusive, sous réserve des recours devant la Cour, pour se prononcer sur la conformité, avec les dispositions du présent article desdits accords ou décisions ». En réalité, le principe même du contrôle *a priori* conduit à nuancer la solution. Trois sortes de litiges peuvent être soulevés devant une juridiction nationale.

Dans une première hypothèse, les membres d'un groupement soutiennent que celui-ci ne constitue pas une entente au sens de l'article 65 CECA et qu'il n'y avait pas lieu pour eux de requérir une autorisation. Cette question concerne la conformité de l'accord en cause avec les

tiers, mais que l'accord pourrait se trouver rétroactivement validé *inter partes* si les membres l'avaient conclu sous la condition d'obtenir l'autorisation.

(2) Des difficultés se présentaient au moment de la mise en application du traité CECA pour les ententes existantes et qui jusque là étaient reconnues valables par les divers droits internes des six pays membres. Il était impossible d'appliquer brutalement les règles de contrôle posées par l'art. 65, car cela aurait conduit à annuler rétroactivement tous les actes antérieurs, passés sur la base des ententes existantes. La décision de la Haute Autorité du 11 juillet 1953 (décision n° 37-53 relative à la date d'effet des interdictions prévues en matière d'ententes par l'art. 65 du Traité; *J. O. de la CECA* 1953, p. 153), prise en application du parag. 12 de la Convention relative aux dispositions transitoires du Traité, fixait les deux règles suivantes :

1° Les ententes existantes qui, au 31 août 1953, n'auraient déposé aucune demande d'autorisation, se trouveraient frappées d'interdiction, à compter de cette date seulement. Leur validité était donc reconnue pour la période antérieure, c'est-à-dire du 10 février 1953, date d'entrée en vigueur du marché commun, au 31 août 1953.

2° Pour les ententes ayant déposé une demande d'autorisation au 31 août 1953 et qui se voyaient opposer un refus d'autorisation par la Haute Autorité, c'est la décision de refus qui devait préciser la date à laquelle l'interdiction prendrait effet. Leur validité était donc reconnue pour la période écoulée entre cette date et le 10 février 1953.

La décision du 11 juillet 1953 ne fixait pas la situation des ententes existantes auxquelles était accordée l'autorisation. La logique impose de considérer qu'elles étaient valables à compter du 10 février 1953.

(3) Dans ce sens, semble-t-il, P. REUTER, *La CECA*, précit., p. 214.

dispositions de l'article 65 et la juridiction nationale doit se déclarer incompétente à ce sujet. Elle devra surseoir à statuer et renvoyer les plaideurs à se pourvoir devant la Haute Autorité.

Dans une seconde hypothèse, une autorisation a bien été accordée, mais il se pose des difficultés quant à l'interprétation de cette autorisation. Par exemple, l'autorisation était assortie de conditions et l'une des parties soutient que les conditions n'ont pas été observées par les membres de l'entente. Il s'agit encore ici d'une question préjudicielle qui doit être renvoyée devant la Haute Autorité.

Dans une seconde hypothèse, une autorisation a bien été accordée, contestent pas que celle-ci soit bien une entente tombant sous le coup de l'article 65, mais ils n'ont jamais demandé l'autorisation. La partie adverse argue de ce fait pour prétendre à la nullité des actes juridiques effectués par l'entente. Le tribunal doit-il encore surseoir à statuer afin de savoir si l'entente est susceptible d'être autorisée? Non, car celle-ci doit être tenue pour inexistante et le tribunal ne peut que constater la nullité des accords et décisions qui en sont le support juridique. De toute manière, si en cours d'instance les membres de l'entente présentaient tardivement leur demande d'autorisation et si celle-ci était agréée, la décision de la Haute Autorité ne vaudrait que pour l'avenir et ne saurait rétroagir sur le litige qui est soulevé devant la juridiction nationale. L'inexistence de l'entente jusqu'au jour de l'autorisation constitue la sanction même du contrôle *a priori*. Elle s'impose comme un fait à toutes les juridictions. Tel est le principe que traduit l'article 65-4° lorsqu'il dispose que « les accords ou décisions interdits en vertu du paragraphe I du présent article sont nuls de plein droit et ne peuvent être invoqués devant aucune juridiction des Etats membres ».

274. — Le contrôle *a priori* se double d'un système de surveillance permanente des ententes, car la Haute Autorité peut, selon l'article 65-2°, 4° alinéa, révoquer l'autorisation ou en modifier les termes, si elle reconnaît que « par l'effet d'un changement dans les circonstances, l'accord ne répond plus aux conditions prévues ci-dessus ou que les conséquences effectives de cet accord ou de son application sont contraires aux conditions requises pour son approbation ».

275. — Enfin, la Haute Autorité dispose de pouvoirs de contrainte étendus afin de faire cesser toute activité aux ententes qui n'ont pas été autorisées ou qui ont abusé de l'autorisation. Elle peut, aux termes de l'article 65-5°, frapper les entreprises en cause d'amendes ou d'astreintes. Ces amendes et ces astreintes peuvent s'élever jusqu'au double du chiffre d'affaires réalisé sur les produits qui font l'objet de l'entente. La pénalité est renforcée à l'égard des ententes qui ont pour objet de restreindre la production, le développement technique ou les investissements; en ce qui concerne les amendes, le maximum peut être relevé à 10 p. 100 du chiffre d'affaires annuel des entreprises; en ce qui concerne les astreintes, le maximum peut être relevé à 20 p. 100

du chiffre d'affaires journalier. Selon l'article 82, seuls les chiffres d'affaires qui sont afférents aux produits soumis à la juridiction de la Haute Autorité peuvent être pris en considération pour le calcul des amendes et des astreintes. La décision infligeant l'amende ou liquidant l'astreinte forme titre exécutoire dans les termes de l'article 92.

Le système de l'autorisation préalable présente donc des garanties très sûres quant à la sécurité juridique des membres de l'entente. Il était, d'autre part, aisément réalisable dans le cadre relativement restreint du Marché commun du charbon et de l'acier : le nombre limité des entreprises intéressées devait éviter à la Haute Autorité des tâches administratives trop lourdes. Mais pouvait-on appliquer un tel régime au marché commun généralisé que créait le traité de Rome ?

SECTION II

DANS LE TRAITÉ CEE

276. — Contrairement à l'article 65 CECA, l'article 85 CEE semble ne prévoir aucune procédure de contrôle et concerner exclusivement les règles matérielles. Cette particularité a suscité dès l'entrée en vigueur du Traité de très vives difficultés quant à l'interprétation des articles 85 et suivants. Ces difficultés sont aujourd'hui résolues, mais leur rappel peut être utile pour bien comprendre certaines conséquences du régime actuel. Après avoir indiqué dans leurs grandes lignes les principales controverses qui s'étaient élevées, on examinera l'arrêt rendu par la Cour de justice le 6 avril 1962, puis le régime inauguré par le premier règlement d'application intervenu sur la base de l'article 87.

§ 1. — *Les difficultés survenues au cours de la période transitoire*

277. — Réduit aux seules dispositions contenues dans le corps du Traité, le régime des ententes apparut aux premiers commentateurs ambigu et même contradictoire (4). Il fallait concilier en effet les dispositions de quatre articles du Traité.

1° L'article 85 qui ne contenait aucune précision sur la mise en œuvre des principes qu'il posait, sous réserve de son alinéa 2°-2° qui édictait une nullité de plein droit à l'égard des ententes visées à l'alinéa 1°.

(4) Le Professeur REUTER notait en mars 1958 : « Certaines questions ont été résolues avec trop de précipitation, ou avec trop d'arrière-pensées et se traduisent par des formules extrêmement défectueuses : les art. 85 à 90 sur les ententes (...) en sont des exemples parmi d'autres » (*Aspects de la Communauté économique européenne : Rev. du M. C.* 1958, p. 8).

2° L'article 87-1° selon lequel : « dans un délai de trois ans à compter de l'entrée en vigueur du présent traité, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation de l'Assemblée, arrête tous règlements ou directives en vue de l'application des principes figurant aux articles 85 et 86 ».

3° L'article 88 qui disposait que « jusqu'au moment de l'entrée en vigueur des dispositions prises en application de l'article 87, les autorités des Etats membres statuent sur l'admissibilité d'ententes et sur l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché commun, en conformité du droit de leur pays et des dispositions des articles 85 notamment paragraphe 3, et 86 ».

4° L'article 89-1° enfin : « sans préjudice de l'article 88, la Commission veille, dès son entrée en fonctions, à l'application des principes fixés par les articles 85 et 86. Elle instruit, sur demande d'un Etat membre ou d'office, et en liaison avec les autorités compétentes des Etats membres qui lui prêtent leur assistance, les cas d'infraction présumée aux principes précités. Si elle constate qu'il y a eu infraction, elle propose les moyens propres à y mettre fin ».

En premier lieu, ces dispositions étaient peu claires. On voyait mal dans quelle mesure les principes posés à l'article 85 étaient applicables tant que les règlements prévus par l'article 87 ne seraient pas entrés en vigueur. D'un autre côté, ces dispositions étaient contradictoires, car il pouvait sembler difficile de concilier entre elles les règles des divers droits internes et celles du droit communautaire, ainsi que le requerrait l'article 88. Sans insister sur des controverses qui ont donné naissance à une très abondante littérature, il suffira d'esquisser brièvement les grandes lignes des deux problèmes ainsi posés.

1° DANS QUELLE MESURE LES DISPOSITIONS DE L'ARTICLE 85 ÉTAIENT-ELLES APPLICABLES ?

278. — Ce premier problème mettait en jeu l'interprétation des articles 85 et 87. Les principes posés à l'article 85 apparaissaient insuffisants en eux-mêmes, puisque l'article 87 prévoyait formellement la mise en vigueur des règlements utiles à leur application. Du reste, les rédacteurs du Traité avaient qualifié, dans l'article 89, les dispositions de l'article 85 de *principes*. On pouvait donc penser que ces derniers ne constituaient qu'un programme. On faisait valoir encore que les dispositions de l'article 85 étaient trop vagues pour être immédiatement applicables. Il était nécessaire de préciser les frontières exactes des exceptions prévues par l'alinéa 3. Enfin, disait-on, le marché commun doit se développer progressivement et c'est tout naturellement au Conseil de préciser comment, en corrélation avec l'abaissement des barrières douanières, les règles sur les ententes doivent peu à peu entrer en jeu.

Mais, d'un autre côté, l'article 85 était rédigé en termes très nets — en particulier l'alinéa 2 disposait que les accords ou décisions interdits en vertu du présent article étaient nuls de plein droit.

Surtout, les articles 88 et 89 postulaient une application immédiate des normes posées par l'article 85. Alors que les uns soutenaient que l'article 85 ne contenait qu'un simple programme à l'usage des Etats membres, dépourvu de tout effet contraignant à l'égard des entreprises (5), les autres estimaient qu'ils constituaient une norme de droit positif, immédiatement applicable (6). Une thèse intermédiaire consistait à voir dans l'article 85 une règle de droit positif adressée directement aux entreprises et non seulement aux Etats, mais à en limiter l'application immédiate, soit en la reportant au jour de mise en vigueur des règlements complémentaires prévus à l'article 87 (7), soit en prévoyant un régime d'application progressive (8).

(5) Dans ce sens STRICKRODT : *DB* n° 9, 1957; SPENGLER : *WuW* 1958, 73; *WuW* 1958, 461; *BB* 1959, 75; *Drucksache des Bundesverbandes der deutschen Industrie* 1957, n° 46, et dans MÜLLER-HENNEBERG et SCHWARTZ, *Kommentar*, p. 959; — VERLOREN VAN THEMAAT, *Sociaal Economische Wetgeving*, 1957, p. 224 et 253; — PETERS : *EWG* 1958, 126 et 146; — PINDER : *WuW* 1958, 570; — WAWRETZKO : *Berliner Wirtschaft*, 30 janv. 1958 et 2 mai 1958; — DUMONT et RIGAUX, *La Cour de Justice des Communautés européennes et les juridictions des Etats membres* (Annales de droit et de science politique de l'Université de Louvain, T. XVIII, n° 4 et XIX, n° 1; — WEEBERS (*Kartelcontrole op de Europese gemeenschappelijke Markt : De Naamloze Venmoetschap* 1957, n° 6) qui soutient même que l'application devait être reportée à l'expiration de la période transitoire prévue à Part. 8 CEE. Wirtschaftspolitischeausschuss des Bundestages, Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode, Drucksache 3644; Sonderausschuss Gemeinsamer Markt-Euratom des Bundestages, Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode, Drucksache 3660, Niederländischen Wirtschaftsminister Zijlstra, Behalten der 1. u. 2. Kammer, 14-10, 3-12 1957 et 10-9-1958 : *WuW* 1959, 52.

Tribunal de Zutphen, siégeant en référé, 11 juill. 1958 : *Nederlandse Jurisprudentie* 1958, 984 (traduction allemande dans *BB* 58, 392 et *WuW* 58, 779, note SCHUMACHER) — Cour d'appel d'Arnhem 28 juin 1961 : *Sociaal Economische Wetgeving*, 2. Jaargang, p. 125; — Cour d'appel d'Amsterdam 3 mars 1960 : *Sociaal Economische Wetgeving* I. Jaargang, p. 80 (Arrêt cassé par la Cour Suprême des Pays-Bas, mais pour des motifs de droit interne, voir *SEW* 1^{re} année, p. 315, note SAMKALDEN); — Président du Tribunal de la Haye siégeant en référé, le 14 déc. 1960 : *SEW*, 2^e année, p. 265, note SAMKALDEN; — Cour d'Amsterdam 3 mars 1960, traduction allemande dans *BB* 1960, p. 609.

(6) Dans ce sens, GÜNTHER : *WuW* 1957, 275; — GLEISS : *FAZ* 27 mai 1957; — SCHILLING : *FAZ* 3 mars 1958; *Die Gegenwart* 1958, 186; — BRIJNEN-WERTHEIMER : *Sociaal Economische Wetgeving* 1957, 253; — KOCH : *BB* 1959, 241; — SCHUMACHER : *WuW* 1958, 779; *Rev. du M. C.* 1959, 207; *Dr. Soc.* 1961, 65; — Auslegende Erklärung der Delegationsleiter der Regierungskonferenz für den GM und Euratom du 26 mars 1957 : *WuW* 1959, 52; — BLAISSE, *Debatte in der niederländischen 2. Kammer vom 1 bis 4 oct. 1957*; — HELLENA und DE GROOTH, *Debatte in der niederländischen 1. Kammer vom 3 déc. 1957*.

C'est dans ce sens qu'avait tranché l'office fédéral des Cartels, en Allemagne : BkartA. 3 fév. 1959 : *Betrieb.* 1959, 256, note von BERINGE; *Betrieb* 1959, 342; — BkartA. 23 août 1960 : *WuW* 1960, 805 (241); *BB* 1962; — BkartA. 19 fév. 1959 : *WuW* 1959, 305 (25); *BB* 1959. — V. également *Berichte des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 1958-1959-1960*, Düsseldorf 1961, p. 174 et s. et 345 et s. La Cour de Düsseldorf avait esquivé le problème : *OLG Düsseldorf* 21 oct. 1958 : *BB* 1958, 1110.

Sur l'ensemble du problème, V. THIESING, dans *Groeben-von Boeck, Kommentar zum EWG*, p. 255 et 270; — REUTER, *Ententes et Cartels, à propos des art. 85 et s.*; *Rev. du MC* 1959, 46; — DERINGER, *Rapport aux journées d'études de l'Université de Caen*, 8 au 10 mai 1959, *La libre concurrence dans les pays du marché commun*, suppl. à la *Rev. du MC* 1959, p. 29.

(7) Del Marmol, *Fabrimetal* 24 juin 1957; — FABRE : *Rev. du M. C.* 1958, p. 260.

(8) STEINDORFF : *BB* 1958, 89 et 1958, 932; — COING-SCHLOCHAUER-KRONSTEIN, *op. cit.*

La Commission de la CEE avait adopté quant à elle une position très ferme : les dispositions de l'article 85 constituaient des règles juridiques concrètes, directement et immédiatement applicables aux entreprises intéressées (9). L'Assemblée Parlementaire Européenne s'était prononcée dans le même sens (10).

2° LE SECOND PROBLÈME METTAIT EN JEU L'INTERPRÉTATION DES ARTICLES 88 ET 89 DU TRAITÉ

En effet, à supposer que les dispositions de l'article 85 fussent applicables, directement et immédiatement, comment fallait-il organiser en vue de cette application, les compétences concurrentes de la Commission, de la Cour de justice des Communautés et des juridictions nationales au cours de la période transitoire, c'est-à-dire jusqu'à l'entrée en vigueur des règlements et directives prévus à l'article 87 ? Les articles 88 et 89 qui prévoyaient respectivement la compétence des autorités des Etats membres et celle de la Commission semblaient contradictoires (11). Et surtout, comment concilier l'article 85 avec chacune des lois nationales relatives aux ententes ? La disposition de l'article 88 selon laquelle durant la période transitoire les autorités des Etats membres statuent « *en conformité* du droit de leur pays et des dispositions des articles 85, notamment paragraphe 3 » semblait appartenir au domaine de l'absurde (12). Comment en effet statuer en conformité du droit national et du droit communautaire lorsque, par exemple, la législation interne autorisait formellement un cartel d'exportation que l'article 85 de son côté condamnait ? Le dilemme paraissait sans issue.

Le problème s'aggravait encore pour ceux qui voyaient dans l'article 85 non pas seulement des règles matérielles de partage entre les ententes admissibles et condamnables mais l'ébauche d'un système de contrôle déterminé, celui de l'autorisation *a priori* de toutes les ententes susceptibles d'être admises (13). La conciliation avec les législations nationales reposant sur un système de contrôle *a posteriori*, comme ceux qui existaient en France ou aux Pays-Bas, demeurait

(9) *Premier Rapport général sur l'activité de la Communauté*, p. 65 ; *Deuxième Rapport général sur l'activité de la Communauté*, p. 86.

(10) Assemblée Parlementaire Européenne, résolution du 15 janvier 1959 sur les problèmes relatifs à l'ouverture des marchés et au régime de concurrence, *J. O. des Communautés*, 9 février 1959, p. 165.

(11) FABRE, *op. cit.*, p. 262 : « Une triple compétence existerait donc, à l'égard des infractions : celle de la Commission, celle de la Cour de Justice et celle des Etats membres par les autorités nationales, sans qu'il soit actuellement possible de démêler si cette triple compétence est conjointe ou si l'une serait privative des autres, ou de l'une des deux autres... »

(12) V. SPENGLER, *Die Wettbewerbsregeln der EWG : Drucksache des Bundesverbandes der deutschen Industrie*, n° 46, 1957.

(13) La rédaction de l'art. 85 semblait du reste fournir des arguments de texte en faveur de l'un et l'autre des deux systèmes *a priori* et *a posteriori*. V. en part. A. FRANÇON, *Les ententes et les monopoles selon le Traité de Rome, Premier règlement d'application des art. 85 et 86* : *J. dr. int.* 1962, p. 374 et s.

impossible dans tous les cas. Le conflit entre les règles matérielles du droit interne et du droit communautaire se compliquait d'un conflit entre les règles de contrôle. A la limite, il fallait admettre que l'article 85 imposait aux Etats l'obligation de mettre sur pied un système complet de contrôle *a priori*, analogue au système allemand, interprétation difficilement soutenable (14).

279. — En définitive, deux groupes d'interprétations s'opposaient. Selon le premier, les dispositions de l'article 85 constituaient un simple programme à l'usage des Etats membres, sans conséquences directes pour les particuliers, ou des règles positives dont l'application était retardée. Ce faisant, on ignorait manifestement les dispositions des articles 88 et 89 du Traité. Selon le second, on admettait l'effet direct et immédiat de l'article 85, mais on se heurtait aux très graves difficultés soulevées par l'interprétation des mêmes articles 88 et 89 (15).

(14) On était en particulier amené à discuter de l'effet rétroactif ou non des décisions prises en application de l'art. 85, pendant la période transitoire (THIESING, *op. cit.*, note 16 sous art. 85; — SCHUMACHER, *op. cit.*, in *Rev. du M.C.* 1959, 207). D'une part, la nullité de plein droit édictée par le Traité à l'encontre des accords et décisions visés à l'art. 85-1^o, conduisait à admettre un effet rétroactif (dit encore effet *ex tunc*), mais d'autre part, l'art. 88, en exigeant une décision rendue en conformité du droit national et du droit communautaire, faisait rebondir le problème dans les cas où la législation nationale ne connaissait qu'un système d'effets non rétroactifs (dit encore effets *ex nunc*).

(15) Seul l'Etat néerlandais avait tenté de résoudre le problème par la voie législative. La loi du 5 décembre 1957 posa un principe : l'art. 1 disposait que les ententes visées par le Traité CEE seraient admises tant que les autorités néerlandaises compétentes en vertu de la loi du 28 juin 1956 sur la concurrence économique n'auraient pris aucune mesure contre elles. L'art. 2 précisait que ce régime transitoire cesserait de s'appliquer lorsque les mesures prévues par l'art. 87 du Traité entreraient en vigueur.

En réalité, la loi du 5 décembre 1957 ne résolvait aucune des difficultés existantes. L'art. 66 de la loi fondamentale néerlandaise permet en effet au juge d'écarter les lois non conformes aux traités internationaux, lorsque ceux-ci entraînent des effets obligatoires pour les particuliers. La loi du 5 décembre 1957 était-elle compatible avec les art. 85 et s. CEE ? On était ramené à prendre parti sur leur signification véritable ? (P. REUTER, *Ententes et Cartels*, précit., p. 47; — M. WAELBROECK, *L'application des règles de concurrence du Traité de Rome aux Pays-Bas* : *Rev. du M.C.* 1962, 115). Si l'on soutenait que l'art. 85 ne contenait que des directives générales, dénuées d'effet obligatoire, la conformité de la loi du 5 décembre avec le Traité ne faisait pas de doute. La loi, en validant toutes les ententes tant qu'elles ne seraient pas expressément condamnées par les autorités néerlandaises, confirmait simplement l'application du droit néerlandais durant la période transitoire, à l'exclusion du droit communautaire. Si l'on soutenait au contraire que l'art. 85 avait valeur de règle positive, la loi du 5 décembre apparaissait comme une mise en œuvre de l'art. 88 CEE. La loi postulait donc une interprétation de l'art. 85 ; elle admettait implicitement que l'art. 85 était compatible avec un système de contrôle *a posteriori*, sinon elle eût été en contradiction ouverte avec le Traité. Afin d'établir la compatibilité de la loi du 5 décembre 1957 avec les dispositions du Traité CEE, les tribunaux néerlandais avaient en général choisi la première voie et interprété l'art. 85 comme constituant une directive adressée aux Etats et non une règle de droit positif. Saisis des cas d'ententes qui affectaient le commerce entre Etats, ils avaient écarté l'application de l'art. 85 (V. les références citées au n^o 278). Seule la Cour de la Haye, le 30 juin 1961, avait sursis à statuer et, faisant usage de la faculté offerte par l'art. 17 CEE, avait soumis à la Cour de Justice des Communautés la question de l'application des art. 85 et s. La Cour de Justice, dans son arrêt du 6 avril 1962 (V. *infra*, n^o 280), a décidé que les règles de concurrence posées par le Traité CEE constituaient des règles positives, directement et immédiatement applicables dès la mise en vigueur du Traité, mais que seuls avaient pu être frappés de nullité les accords et décisions au sujet desquels les autorités

La seule façon de parvenir à une interprétation du Traité qui fût en accord avec des textes apparemment contradictoires aurait consisté à distinguer soigneusement les règles matérielles des règles de contrôle. L'erreur consistait au départ à penser que les rédacteurs de l'article 85 avaient opté pour un système de contrôle déterminé. L'article 85 aurait alors préfiguré le régime que devaient parfaire les règlements prévus par l'article 87. En outre, les Etats membres et la Commission se trouvaient tenus, par application des articles 88 et 89, de mettre en œuvre le statut ainsi préfiguré. On se heurtait alors à l'impossibilité radicale d'appliquer uniformément l'article 88 dans chacun des Etats membres, puisqu'il était manifestement impossible pour ceux-ci de prendre des décisions « *en conformité* » du droit de leur pays et des dispositions de l'article 85.

Tout porte à croire au contraire que les rédacteurs du Traité s'étaient abstenus de prendre parti en faveur d'un système de contrôle particulier. Il suffisait de réduire l'article 85 à ses justes limites pour aboutir à une interprétation satisfaisante des textes, que l'on peut présenter de la manière suivante :

1° L'article 85 ne formule que des règles matérielles, il ne fait que poser les critères de distinction entre les ententes admissibles et les ententes condamnables. Après avoir défini l'entente qui tombe sous le coup du Traité, dans l'article 85-1°, il définit les ententes admissibles, dans son numéro 3. Toutes les autres sont interdites.

Cela étant posé, il est impossible de voir dans l'article 85 un simple programme ne liant que le Conseil et les Gouvernements des Etats. Les termes catégoriques dans lesquels il est rédigé autant que les dispositions de l'article 88 et surtout de l'article 89 militent en faveur d'une application immédiate et directe du texte.

2° Restent les règles de contrôle. C'est le Conseil qui reçoit, selon l'article 87, la charge de les élaborer. Tout portait, lors de la rédaction du Traité, à en repousser la mise sur pied : leur complexité interdisait le cadre forcément étroit du Traité; des études préalables étaient nécessaires; des divergences doctrinales opposaient sur ce point les six pays membres; l'expérience tirée des premières années de mise en œuvre du marché commun, semblait enfin nécessaire.

3° Les règles de contrôle à appliquer durant la période transitoire sont donc celles en vigueur dans les divers Etats membres : contrôle *a priori* avec autorisation individuelle en Allemagne, contrôle *a posteriori* avec intervention des autorités spécialisées en France, en Belgique et aux Pays-Bas; contrôle *a posteriori* par les tribunaux ordinaires en Italie et au Luxembourg. Ainsi les termes de l'article 88 sont-ils respectés, puisque les décisions sont rendues en conformité de

nationales avaient expressément déclaré applicable l'art. 85, parag. I. A la suite de cet arrêt, on devait donc admettre la compatibilité de la loi du 5 décembre 1957 avec le Traité CEE.

l'article 85, quant aux règles matérielles et des dispositions du droit interne, quant aux règles de contrôle (16).

4° Aux termes de l'article 89, la Commission est chargée de veiller à l'application de l'article 85. Mais il suffit de lire le texte pour se rendre compte que son activité se borne à constater des infractions. Elle peut proposer les moyens d'y mettre fin : l'usage de ces moyens reste à la disposition des autorités des Etats. Elle peut aussi prendre une décision de constatation de l'infraction qui entraîne la nullité de l'accord ou de la décision en cause. Mais seule la constatation de l'infraction s'impose aux Etats, pour le surplus ce sont les règles de contrôle du droit interne qui sont applicables.

§ 2. — *L'arrêt de la Cour de Justice du 6 avril 1962*

280. — L'interprétation que nous venons de proposer a reçu une confirmation partielle de la part de la Cour de justice des Communautés (17). Dans son arrêt rendu à propos de l'affaire 13-61, elle tranche définitivement les deux difficultés majeures qui s'étaient élevées durant la période transitoire, quant à la nature exacte des dispositions de l'article 85 et quant au système de contrôle à appliquer durant cette période.

L'arrêt n'a pas seulement un intérêt rétrospectif, il permet de préciser deux points importants :

- la légalité du règlement du 6 février 1962 au regard du Traité;
- la situation des ententes existant avant l'entrée en vigueur de ce règlement.

281. — A propos de la nature des dispositions de l'article 85, la Cour décide que celles-ci étaient applicables dès l'entrée en vigueur du Traité, au motif que « les articles 88 et 89 du traité conférant des compétences respectivement aux autorités nationales et à la Commission pour l'application de l'article 85, ils présupposent l'applicabilité de cette disposition dès l'entrée en vigueur du traité ».

A propos des règles de contrôle à appliquer durant la période transitoire, la Cour décide que jusqu'à l'entrée en vigueur du règlement

(16) C'est, à quelques différences près, la solution que proposaient WOHLFART-EVERLING (*Kommentar*, précit., p. 159). Une différence sépare cependant leur thèse de celle qui est soutenue ici : selon ces auteurs, les lois nationales n'étaient applicables qu'en ce qui concernait la procédure et les formalités particulières de contrôle (« Nach dem nationalen Recht richten sich also das Verfahren und die sonstigen Formalitäten, während die Grundsätze für die Massnahmen im Einzelfall nunmehr in erster Linie den art. 85, 86 zu entnehmen sind »). Nous pensons au contraire que les règles de contrôle englobent non seulement les questions de procédure mais encore les sanctions — ainsi que leurs effets juridiques — que prennent les autorités chargées du contrôle (V. *Addendum*).

(17) Cour de Justice des Communautés 6 avril 1962, Aff. 13-61, Demande de décision préjudicielle présentée par la Cour d'appel de la Haye dans son arrêt du 30 juin 1961 : *Rec.* 1962, p. 97; *J.C.P.* 62, II, 12726, note F. C. JEANTET; *D.* 1962, 357, note J. ROBERT.

prévu à l'article 87, seuls étaient frappés de nullité les accords et décisions :

— « au sujet desquels les autorités des Etats membres ont expressément décidé, sur la base de l'article 88 du traité, qu'ils tombent sous le coup des dispositions de l'alinéa 1 de l'article 85 et qu'ils ne peuvent bénéficier de la déclaration visée à l'alinéa 3 », ou bien

— « à l'égard desquels la Commission a constaté par décision prise en vertu de l'article 89, alinéa 2, qu'ils sont contraires à l'article 85 ».

Quelle est la portée de cette décision ?

1° Elle signifie que l'article 85 constituait durant la période transitoire la seule règle matérielle applicable aux ententes visées par le Traité. Ce point est incontestable.

2° Elle prend parti sur les modalités du contrôle qui étaient applicables. Apparemment, elle tranche en faveur d'un contrôle *a posteriori* des ententes, puisque ne sont frappés de nullité que les accords et décisions qui ont fait l'objet d'une décision expresse. Cela veut dire que la validité des ententes tombant sous le coup du Traité ne requerrait pas nécessairement une autorisation formelle, accordée sur la base de l'article 85-3°. Cela veut dire encore que n'étaient pas automatiquement nulles les ententes pour lesquelles n'avait été présentée aucune demande d'autorisation. Comme c'est le cas en droit français, leur situation étant en suspens.

Ce n'était donc pas, semble-t-il, n'importe quel système de contrôle qui était utilisable pour mettre en application l'article 85, mais un système analogue à celui que nous connaissons en droit français. Si telle était la portée exacte de l'arrêt du 6 avril 1962, la conséquence serait grave : le Traité ayant postulé, dans sa rédaction même, un système de contrôle déterminé, le Conseil chargé selon l'article 87 d'arrêter « tous règlements ou directives utiles en vue de l'application des principes figurant aux articles 85 et 86 », était tenu de mettre en œuvre ce système, à l'exclusion de tout autre. Au cas où les règlements pris en vertu de l'article 87 n'auraient pas tenu compte de cet impératif, leur légalité au regard du Traité devenait douteuse (18).

En réalité, la position adoptée par la Cour est sensiblement différente. Il faut faire appel aux motifs de sa décision pour en comprendre la portée exacte. Si la Cour décide que, durant la période

(18) Ce serait le cas pour le règlement du 6 février 1962 qui met en œuvre un système de contrôle *a priori*. M. l'Avocat général LAGRANGE, dans ses conclusions sous l'arrêt du 6 avril, a fait allusion à ce problème. Il estime cependant qu'il ne peut pas se poser à l'égard du règlement du 6 février 1962, car le système de contrôle *a priori* qu'il imagine correspond le mieux à la rédaction de l'art. 85-3° (*Rec. des arrêts de la Cour*, 1962, p. 133 et 134). Cela revient à dire que l'esprit de l'art. 85 et s. joue en faveur d'un contrôle *a posteriori*, mais que la lettre des mêmes textes postule en faveur d'un contrôle *a priori*. Il nous semble plus correct d'admettre une fois pour toutes que la rédaction de l'art. 85 ne préjuge en rien le mode de contrôle à appliquer et que le Conseil était absolument maître de son choix.

transitoire, la nullité des accords et décisions ne pouvait découler que d'une décision expresse rendue par les autorités des Etats membres ou par la Commission, c'est parce qu'elle estime que cette technique était la seule susceptible d'assurer une application immédiate de l'article 85. Décider en effet que toutes les ententes qui n'avaient pas demandé leur admission se trouvaient *ipso facto* frappées de nullité, eût nécessité l'existence, dans chaque pays membre, d'une autorité capable de recevoir les demandes d'admission et de statuer sur elles. Seule l'Allemagne disposait d'un tel appareil administratif. Le système de contrôle *a priori* était impossible dans les cinq autres Etats. D'un autre côté, la Commission n'était pas habilitée à statuer sur l'admission des ententes; elle ne pouvait que constater des infractions. De sorte que le contrôle *a posteriori* était le seul à envisager pour l'ensemble des six pays membres, puisque les tribunaux ordinaires étaient susceptibles de l'assurer.

Un second motif s'appuie sur le règlement du 6 février 1962. Ce règlement prévoit un régime spécial pour les ententes existant antérieurement à la date de sa mise en vigueur. La validité de ces ententes peut être admise par la Commission, relativement à leur activité passée. Il y aurait eu quelque illogisme à décider que ces ententes avaient été frappées de nullité, parce qu'elles n'avaient pas demandé leur admission, puis qu'elles pouvaient, par la suite, être relevées de cette nullité grâce à une décision rétroactive (19).

C'est donc pour des motifs étrangers à l'interprétation proprement dite des articles 85 et suivants que se prononce la Cour. Elle reconnaît l'impossibilité de se référer à la volonté des rédacteurs du Traité pour déterminer le système de contrôle qui était applicable durant la période transitoire et qui devait être mis en œuvre sur le plan communautaire par le Conseil, en vertu de l'article 87 (20). La question de la légalité du règlement du 6 février 1962 ne saurait être donc raisonnablement soulevée. Le Conseil disposait d'un pouvoir discrétionnaire quant au système de contrôle à adopter.

L'arrêt précise, d'autre part, la situation exacte des ententes

(19) Règlement du 6 fév. 1962, art. 6-2° et 5-1°.

(20) Il reste néanmoins que, pour ce qui concerne la période transitoire, la Cour estime qu'un seul système de contrôle était applicable, alors qu'il nous semble, au contraire, que c'était chacun des systèmes en vigueur dans les divers droits internes qui l'était. La différence est en fait peu sensible.

D'abord, la Cour ne se prononce que sur un point précis : la nullité des ententes condamnables selon l'art. 85 devait reposer sur une décision expresse rendue par les autorités nationales, organes administratifs ou tribunaux, ou par la Commission. Pour toutes les autres règles de contrôle, il nous semble évident que les dispositions des divers droits internes étaient respectivement applicables.

Ensuite, il se trouve que le principe d'un contrôle *a posteriori*, excluant la nécessité d'une autorisation préalable, est admis par cinq des six pays membres. En ce qui concerne l'Allemagne, il est également admis, à l'égard de la plupart des ententes susceptibles, en pratique, de tomber sous le coup de l'art. 85 : les ententes d'exportation et les contrats d'exclusivité (parag. 6 et 18 GWB). D'autres ententes, soumises, en droit allemand, au système de l'autorisation, peuvent, bien entendu, tomber également sous le coup de l'art. 85, mais alors, si elles échappent au contrôle *a priori*, leur nullité résulte pour le passé d'une violation du droit allemand et non de l'art. 85. Le principe posé par la Cour aura été respecté.

existant à l'entrée en vigueur du règlement et à l'égard desquelles aucune décision n'avait encore été prise. Le sort de leur activité passée est en suspens. Il dépend de la décision que prendra à leur égard la Commission. Il reste alors à voir quel est le régime actuel du contrôle, tel qu'il ressort du règlement adopté par le Conseil le 6 février 1962.

§ 3. — *Le règlement du 6 février 1962*

282. — Le système de contrôle inauguré par le Premier règlement d'application des articles 85 et 86 CEE (21) est assez proche, dans ses grandes lignes, de celui que prévoit l'article 65 CECA. Dans le détail il est beaucoup plus complexe. Le règlement du 6 février 1962 apparaît comme un texte de transaction entre des tendances divergentes.

Le statut comporte un contrôle *a priori* des ententes confié à un organisme unique qui n'est autre que la Commission de la CEE. Ainsi, en témoigne le rapprochement de deux dispositions fondamentales du règlement, les articles 1 et 9-1^o alinéa. L'article 1^{er} reprend, en la précisant, la disposition de l'article 85-2^o du traité. Il est ainsi rédigé : « les accords, décisions et pratiques concertées visés à l'article 85, paragraphe 1, du traité (et l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché au sens de l'article 86 du traité) sont interdits sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cet effet, sous réserve des dispositions des articles 6, 7 et 23 du présent règlement ». L'article 9 stipule dans son 1^{er} alinéa que : « sous réserve du contrôle de la décision par la Cour de justice, la Commission a compétence exclusive pour déclarer les dispositions de l'article 85, paragraphe 1, inapplicables conformément à l'article 85, paragraphe 3, du traité ».

Ce principe très général est cependant nuancé dans son application. D'une part parce que les rédacteurs du règlement ont fait certaines concessions aux partisans du contrôle *a posteriori* des ententes et, d'autre part, parce qu'ils ont conservé aux juridictions nationales une certaine compétence pour appliquer l'interdiction que formule l'article 85-1^o. Les règles relatives à l'autorisation des ententes, pour laquelle la Commission est seule compétente, s'opposent donc aux règles relatives au respect de l'interdiction, pour l'application desquelles sont compétentes à la fois la Commission et les juridictions des Etats membres. En outre, le règlement prévoit un contrôle permanent des ententes

(21) Premier règlement d'application des art. 85 et 86 du Traité CEE, adopté par le Conseil le 6 février 1962 (règlement n° 17 : *J.O.* des Communautés, p. 204/62). Ce règlement est entré en vigueur le 13 mars 1962 (art. 191 CEE).

Le règlement n° 17 est applicable à toutes les ententes qui tombent sous le coup de l'art. 85 CEE, à l'exception de celles qui concernent le domaine des transports par route, voie ferrée et voie navigable (règlement n° 141 du Conseil, en date du 26 nov. 1962 : *J.O.* 1962, p. 2751). Ces dernières continuent donc à relever des règles transitoires posées par les art. 88 et 89 CEE. Particulièrement, les ententes relatives au secteur agricole sont soumises au règlement n° 17 (Règlement n° 26 du Conseil, en date du 4 avril 1962 : *J.O.* 1962, p. 993).

déjà autorisées et un régime transitoire destiné aux ententes dont la conclusion est antérieure à son entrée en vigueur.

Telles sont les quatre pièces du statut des ententes — délivrance des autorisations — respect de l'interdiction — surveillance permanente et régime transitoire — qu'il nous faut tour à tour aborder.

A. — L'application de l'article 85-3° CEE

283. — La validité d'une entente est liée à une condition : une décision individuelle d'application de l'article 85-3° rendue par la Commission, seul organe compétent en cette matière, sous réserve du recours toujours possible devant la Cour de justice. Par application de l'article 1^{er} du règlement, tous les accords, décisions ou pratiques concertées qui n'ont pas obtenu une telle décision sont interdits de plein droit.

Or le règlement n'utilise pas l'expression « autorisation » et l'on ne relève jamais que l'expression « décision d'application de l'article 85-3° » (22). En fait, la nuance, apparemment subtile, est d'une certaine portée. L'autorisation est un acte constitutif d'une situation juridique nouvelle : elle intervient comme une condition essentielle de la validité d'une entente. Cette validité ne saurait en conséquence, jouer qu'à compter de la date de l'autorisation. En préférant le terme « décision d'application de l'article 85, paragraphe 3 » les rédacteurs du règlement ont voulu tenir compte du fait que, dans un certain nombre d'hypothèses, la validité d'une entente peut être reconnue avec effet rétroactif. En effet, le règlement opère une discrimination entre deux catégories d'ententes, suivant, semble-t-il, la gravité des effets qu'elles entraînent à l'égard du commerce entre Etats. Cette distinction entre les deux catégories est fondamentale : à l'égard de l'une la décision d'application de l'article 85-3° a pratiquement tous les caractères d'une autorisation; à l'égard de l'autre, elle s'écarte notablement du schéma théorique de l'autorisation.

1° LES DEUX CATÉGORIES D'ENTENTES

284. — C'est l'article 4 qui pose la distinction entre ces deux catégories : l'alinéa 1° dispose que les ententes en faveur desquelles les intéressés désirent obtenir l'application de l'article 85-3° doivent être notifiées à la Commission (23). Mais l'alinéa 2° soustrait à cette obligation trois types d'ententes.

(22) Ainsi, dans les art. 4-1°, art. 6, art. 8, art. 9, art. 10-1° et 3°, art. 15-6°, art. 19-3°.

(23) Le même principe vaut à l'égard de l'application de l'art. 2-1° du règlement n° 26. Cette disposition étend, en dehors du champ limité de l'art. 85-3°, les possibilités d'autorisation des ententes qui se forment dans le secteur agricole. Or, selon l'art. 2-2° du même règlement, la Commission a *compétence exclusive* pour « constater pour quels accords, décisions et pratiques les conditions prévues au parag. 1 sont remplies ».

1° Les ententes auxquelles ne participent que des entreprises ressortissant à un seul Etat membre, à condition qu'elles ne concernent ni l'importation, ni l'exportation entre Etats membres.

2° Les ententes auxquelles ne participent que deux entreprises et qui ont seulement pour effet,

— soit de restreindre la liberté de formation des prix ou conditions de transaction d'une partie au contrat lors de la revente de marchandises qu'elle acquiert de l'autre partie au contrat,

— soit d'imposer à l'acquéreur ou à l'utilisateur de droits de propriété industrielle — notamment de brevet, modèles d'utilité, dessins et modèles ou marques — ou au bénéficiaire de contrats comportant cession ou concession de procédés de fabrication ou de connaissances relatives à l'utilisation et à l'application de techniques industrielles, des limitations dans l'exercice de ses droits.

Il s'agit donc dans le premier cas des ententes par lesquelles deux entreprises situées à des niveaux différents dans la production ou la distribution mettent en œuvre un système de prix de revente, ou de conditions de revente, imposés. Mais quelles sont les ententes qui sont visées dans le second cas? On doit avouer que le texte français est mal rédigé. On ne comprend pas bien si les limitations dont il s'agit concernent les droits de propriété industrielle eux-mêmes ou bien l'activité commerciale qui se rattache à cette propriété industrielle. A lire l'alinéa 2° b de l'article 4-2°, on pourrait penser qu'il s'agit de limitations apportées uniquement à l'exercice des droits de propriété industrielle ou des droits qui résultent de la concession de procédés de fabrication ou de connaissances (24). Mais il est clair qu'une interprétation aussi restrictive n'est pas satisfaisante. Tout contrat de concession fixe l'étendue et les limites des droits de propriété industrielle dont pourra disposer le concessionnaire. La limitation est de la nature même de la concession. La formule ne peut se comprendre qu'en admettant que la limitation concerne l'usage et non l'exercice qui peut être fait du droit, c'est-à-dire l'activité économique qui se greffe sur le droit de propriété industrielle. Ainsi, par exemple, une limitation en quantité de la production que permet un certain procédé de fabrication; ou l'interdiction d'exporter les machines qui font l'objet du brevet concédé. Le texte vise donc, pensons-nous, toutes les ententes qui unissent un concédant et un concessionnaire et qui sont accessoires au contrat de concession.

3° Les ententes qui ont seulement pour objet : — soit l'élaboration ou l'application uniforme de normes et de types; — soit la recherche en commun d'améliorations techniques, si le résultat en est accessible à tous les participants et que chacun d'eux puisse l'exploiter.

(24 Cette impression est encore plus nette à la lecture du texte allemand...
« Beschränkungen hinsichtlich der Ausübung dieser Rechte auferlegen ».

285. — Cette énumération est limitative. Toutes les autres ententes au sens de l'article 85-1° CEE sont astreintes à la notification. Pratiquement ce sont :

1° Toutes les ententes de type horizontal dès lors qu'elles sont conclues entre entreprises ressortissant à des Etats membres différents et qu'elles n'ont pour objet ni l'élaboration, ni l'application uniforme de normes et de types, ni la recherche en commun d'améliorations techniques.

2° Toutes les ententes de type horizontal qui ont pour objet l'importation ou l'exportation entre Etats membres.

3° Toutes les ententes de type vertical unissant plus de deux entreprises.

4° Toutes les ententes de type vertical unissant deux entreprises et ayant un objet autre que la revente à prix ou à conditions imposées ou une limitation quelconque en relation avec un contrat portant sur des droits de propriété industrielle, sur des procédés de fabrication ou sur des échanges de connaissance en matière de technique industrielle. Cette rubrique contient en particulier les contrats d'exclusivité (25).

Dans la suite de l'exposé nous désignerons ces ententes par la dénomination « d'ententes du type A » par opposition aux ententes « du type B » qui sont visées à l'article 4-2°.

2° LA PROCÉDURE DE RECONNAISSANCE DE VALIDITÉ DE DEUX TYPES D'ENTENTES

286. — Les ententes du type A doivent obligatoirement être notifiées si les intéressés veulent se prévaloir de l'article 85-3° CEE. La notification est faite à la Commission, seule compétente pour déclarer que l'entente est licite au regard de l'article 85-3° et, selon l'article 6, la décision que la Commission prend à cet égard précise la date à partir de laquelle elle prend effet : cette date ne saurait être antérieure au jour de la notification. On voit que dans ce cas, la décision d'application de l'article 85-3° constitue pratiquement une autorisation accordée à l'entente. Certes, l'autorisation peut viser rétroactivement les actes juridiques passés par l'entente après sa notification, mais en tout cas, avant la notification, l'entente doit être tenue pour inexistante. Au cours de la période qui sépare la notification de la décision rendue par la Commission, la situation juridique de l'entente est précaire, tout dépendra de la date que la Commission assignera aux effets de sa décision (26).

Avec les ententes du type B, on s'éloigne, au contraire, du système de l'autorisation. Le régime se rapproche de celui qui nous connaissons

(25) V. A. FRANÇON, *op. cit.*, p. 382.

(26) Sur les effets provisoires de la notification, V. J. ROBERT, note sous Cass. 12 mars 1963 et Trib. com. Seine 5 mars 1963 : *D.* 1963, 367. — V. également, Amiens 9 mai 1963 : *J.C.P.* 63, II, 13222.

en droit français et dans lequel la décision rendue par l'autorité compétente est seulement déclarative d'une situation juridique préexistante. En effet, en ce qui concerne ces ententes, deux particularités doivent être notées.

1° La première ne saurait faire de doute. C'est celle qui est indiquée à l'article 6-1° : la date à partir de laquelle la décision d'application de l'article 85-3° prend effet peut être antérieure à la notification. Elle peut donc remonter jusqu'au jour de la conclusion de l'entente. Mais ce n'est là qu'une faculté pour la Commission qui reste en toute hypothèse maîtresse de la période durant laquelle sa décision prend rétroactivement effet (27).

2° La seconde particularité est controversée quant à ses effets. Selon l'article 4-2° les ententes de type B dont les membres désirent se prévaloir des dispositions de l'article 85-3° n'ont pas à être notifiées à la Commission. Quelle est la portée de cette disposition ? Elle nous paraît fort claire : la décision d'application de l'article 85-3° peut intervenir à l'occasion d'une procédure quelconque, lorsque celle-ci permet à la Commission d'être informée de l'existence de l'entente, et non pas seulement à la suite d'une notification faite en vue d'obtenir cette décision d'application. Ainsi, par exemple, la Commission pourrait décider que les conditions de l'article 85-3° sont réunies lorsqu'elle est saisie d'un cas d'entente, à l'occasion d'une procédure d'enquête ouverte d'office ou même à l'occasion d'une procédure de cessation d'une infraction à l'article 85-1°, si les membres de l'entente incriminée acceptaient de la modifier dans le sens désiré.

Au contraire, selon M. DERINGER, la faculté laissée aux membres d'une entente de type B de ne pas la notifier serait sans portée pratique, car dans tous les cas l'application de l'article 85-3° ne pourrait être que consécutive à une notification. L'auteur estime en effet que « dans une déclaration faite en application de l'article 85-3° alinéa, la Commission ne peut, d'après le règlement, déclarer l'article 85-1^{er} alinéa inapplicable que pour les ententes déclarées... Il est vrai que dans le règlement ce qui vient d'être dit n'est exprimé explicitement que pour les ententes soumises à l'obligation de la déclaration, mais cela résulte également de l'ensemble des autres dispositions pour les ententes qui ne sont pas soumises à l'obligation de déclaration » (28).

Cette opinion est tout à fait contestable. Quelles sont les « autres dispositions pour les ententes qui ne sont pas soumises à l'obligation de déclaration », qu'évoque M. DERINGER ? Ce sont les articles 5-2° et

(27) Cela se comprend du reste parfaitement. Il se peut que la décision d'application de l'art. 85-3° soit le résultat d'une discussion survenue entre la Commission et les membres de l'entente. Ceux-ci, pour obtenir la validité de leur entente, ont pu, en cours de procédure, modifier certains des termes de l'accord. La décision prendra effet, par exemple, à dater de cette modification et non à la date de la conclusion de l'accord initial.

(28) A. DERINGER, *Les règles concernant la concurrence dans le cadre du Marché Commun entrent en vigueur* : *Rev. du M.C.* 1962, 76. — V. aussi, A. FRANÇON, *op. cit.*, p. 382.

7-2° qui concernent tous deux les ententes existant à la date d'entrée en vigueur du règlement.

La première de ces dispositions n'apporte à la discussion aucun élément nouveau : elle ne fait que reprendre la disposition de l'article 4-2°, en précisant que la notification des ententes du type B existantes n'est pas obligatoire. Reste l'article 7 : il concerne le sort des ententes existantes qui se voient frappées de l'interdiction formulée par l'article 85-1°. Les conséquences de cette interdiction peuvent être suspendues pour le passé par dérogation au principe général qui veut que toute entente non autorisée soit frappée d'une nullité de plein droit. Pour bénéficier de ce régime de faveur, les ententes existantes, du type B, *doivent être notifiées* avant le 1^{er} janvier 1964. L'argument tiré de cette disposition n'est pas pertinent. L'obligation de notification se rapporte ici aux effets de l'interdiction et non à la possibilité d'appliquer l'article 85-3°. Pour obtenir un régime de faveur au cas où elles tomberaient sous le coup de l'interdiction, les ententes du type B existantes doivent avoir été notifiées mais il ne s'ensuit nullement qu'elles doivent l'être également pour bénéficier des dispositions de l'article 85-3°. Les deux situations sont étrangères l'une à l'autre. La première constitue une dérogation extraordinaire à un principe général, la seconde au contraire est une hypothèse parfaitement normale.

Il nous semble donc que, en ce qui concerne les ententes du type B, la décision d'application de l'article 85-3° CEE peut intervenir en l'absence de toute notification préalable. Il serait vraiment paradoxal de dispenser ces ententes de la notification, puis de leur refuser le bénéfice de l'article 85-3°, au motif qu'elles n'ont pas été notifiées ! La dispense de notification serait une disposition vide de sens. Aussi, le statut, en ce qui concerne les ententes appartenant à cette catégorie se trouve-t-il très proche du système français, celui d'un contrôle *a posteriori* qui donne lieu à des décisions déclaratives de la validité des ententes. Deux points particuliers cependant font obstacle à une totale assimilation avec ce dernier système. En premier lieu, le fait que seule la Commission, par application de l'article 9-1°, est compétente pour reconnaître la validité d'une entente, à l'exclusion de toutes juridictions nationales. En second lieu, le fait que c'est la décision de la Commission qui fixe elle-même la mesure dans laquelle ses effets auront un caractère rétroactif.

287. — Doit-on en conclure que le système de contrôle adopté dans le règlement n° 17 est un système dualiste, essentiellement différent selon que l'on a affaire à une entente du type A ou à une entente du type B ? Non, car tout laisse à penser que le régime de reconnaissance de validité des ententes du type B n'est que provisoire. Sous le titre « dispositions particulières », l'article 22 dispose en effet que « I. — la Commission saisit le Conseil de propositions tendant à ce que certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées visés à l'article 4, paragraphe 2, et à l'article 5, paragra-

phe 2, soient soumises à la notification prévue aux articles 4 et 5. — 2. Dans un délai d'un an à compter de l'entrée en vigueur du présent règlement le Conseil examinera, sur proposition de la Commission, les dispositions particulières qui pourraient être prises en dérogation aux prescriptions de ce règlement, à l'égard des accords, décisions et pratiques concertées, visés à l'article 4, paragraphe 2, et à l'article 5, paragraphe 2 ». Les ententes visées à l'article 4, paragraphe 2, et à l'article 5, paragraphe 2, étant justement les ententes du type B, on peut penser que la distinction entre les deux types A et B est appelée à disparaître. Il est vraisemblable que, à plus ou moins brève échéance, le régime deviendra unique :

— l'autorisation par application de l'article 85-3° ne sera délivrée que sur notification,

— l'effet de l'autorisation ne rétroagira jamais au-delà de la date de notification.

La distinction entre les deux types d'ententes, actuellement importante en ce qui concerne les décisions d'application de l'article 85-3°, est en revanche sans utilité lorsqu'il s'agit d'appliquer l'interdiction formulée par l'article 85-1°. Le respect de l'interdiction est soumis à un même régime, quel que soit le type de l'entente en cause. Mais alors la Commission n'est plus seule compétente en cette matière; concurrentement, les juridictions nationales conservent un certain rôle.

B. — Le respect de l'interdiction formulée par l'article 85-1° CEE

288. — L'article 9 du règlement édicte à cette fin une double compétence, celle de la Commission et celle des autorités des Etats membres :

ART. 9-2°. — « La Commission est compétente pour appliquer les dispositions de l'article 85, paragraphe 1 (et de l'article 86) du Traité, même si les délais prévus à l'article 5, paragraphe 1, et à l'article 7, paragraphe 2, pour procéder à la notification ne sont pas expirés. »

ART. 9-3°. — « Aussi longtemps que la Commission n'a engagé aucune procédure en application des articles 2, 3 ou 6, les autorités des Etats membres restent compétentes pour appliquer les dispositions de l'article 85, paragraphe 1 (et de l'article 86) conformément à l'article 88 du Traité, même si les délais prévus à l'article 5, paragraphe 1, et à l'article 7, paragraphe 2, pour procéder à la notification ne sont pas expirés. »

Comment l'interdiction est-elle assurée par ces diverses autorités ? L'article 1 du règlement pose le principe : « les accords, décisions et pratiques concertées visés à l'article 85, paragraphe 1, du Traité (et l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché au sens de l'article 86 du Traité) sont interdits sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cet effet, sous réserve des dispositions des articles 6, 7 et 23 du présent règlement ».

L'article 6 concerne la décision d'application de l'article 85-3°. Il est évident que dans ce cas l'interdiction est levée. L'article 7 vise les

ententes existantes, à la date d'entrée en vigueur du règlement : lorsque ces ententes ont été notifiées, les effets de l'interdiction peuvent être suspendus par la Commission. L'article 23 enfin, concerne les ententes qui avant l'adoption du règlement avaient fait l'objet, de la part d'une juridiction nationale, d'une décision d'application de l'article 85-3°. Ainsi, si l'on fait abstraction du cas particulier présenté par les ententes existantes, la règle est fort simple : les ententes qui n'ont pas fait l'objet d'une décision d'application de l'article 85-3°, prononcée par la Commission, sont automatiquement interdites. Dès lors, l'examen effectué par toute autorité chargée de faire respecter l'interdiction ne peut porter que sur deux points :

— constater que le groupement dont il s'agit constitue bien une entente au sens de l'article 85 CEE;

— dans l'affirmative, constater que cette entente a ou n'a pas fait l'objet d'une décision d'application de l'article 85-3°.

Si l'entente n'a pas fait l'objet d'une décision d'application de l'article 85-3°, il reste à l'autorité à prendre les mesures concrètes destinées à faire respecter l'interdiction.

Il faut alors aborder les différents problèmes que peut poser l'intervention, soit de la Commission elle-même, soit des autorités nationales.

1° INTERVENTION DE LA COMMISSION

289. — La Commission peut intervenir à l'occasion de deux procédures différentes, celle de l'attestation négative et celle de la cessation des infractions. Après avoir décrit ces deux procédures on examinera les pouvoirs de la Commission qui sont communs à toutes les enquêtes qui précèdent ses décisions : application de l'article 85-3°, attestation négative et cessation des infractions.

290. — a) *La procédure de l'attestation négative* (art. 2 du règlement). — Elle a pour objet de déclarer qu'un groupement ne constitue pas une entente tombant sous le coup de l'article 85 CEE. Par exemple, la Commission estime, après examen d'un accord, que celui-ci ne constitue pas une entente parce qu'il n'est pas susceptible de fausser la concurrence; ou bien que constituant une entente, il ne tombe pas sous le coup du Traité parce que il n'affecte pas le commerce entre Etats membres (29).

On comprend l'utilité de ces attestations. Elles sont destinées à préciser la situation exacte de certains organismes dont la nature ou

(29) V. à titre d'exemple, les deux demandes d'attestations négatives, publiées au *J. O.* 1963, n° 102. Dans ce sens, A. FRANÇON, *op. cit.* Il semble cependant que la portée exacte de l'attestation négative ait soulevé, en doctrine, bien des hésitations (V. en part., Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, chronique précit.). On voit mal pourquoi. La rédaction de l'article 2 du règlement montre suffisamment que l'attestation négative concerne les ententes qui échappent à la compétence de contrôle de la Commission. Elle s'oppose radicalement à la décision d'application de l'article 85-3°, rendue à l'égard d'ententes qui relèvent de la compétence de la Commission.

les effets sont incertains et dont les membres eux-mêmes ignorent si l'article 85 CEE et le règlement n° 17 leur sont applicables. Dans cette vue, les attestations négatives sont sans doute appelées à jouer un rôle considérable au cours des premières années de mise en œuvre du contrôle des ententes, car elles permettront de délimiter avec plus d'exactitude les contours de la notion d'entente. Cela explique les deux traits principaux qui, selon l'article 2, marquent les attestations négatives :

— elles sont rendues par la Commission sur demande des entreprises ou des associations d'entreprises intéressées (30);

— la Commission se prononce « en fonction des éléments dont elle a connaissance ». Cela signifie qu'elle se réserve de revenir sur sa décision s'il se révèle par la suite des faits nouveaux et déterminants.

Si la Commission refuse de délivrer l'attestation négative, il s'ensuit que le groupement en cause constitue bien une entente qui tombe sous le coup de l'article 85 CEE et que les membres doivent observer les règles posées à cet égard par le Traité et les règlements communautaires. Si la Commission délivre l'attestation négative celle-ci a valeur de décision. Elle s'impose à toutes les autorités des Etats membres et elle paralyse une éventuelle application de l'interdiction que poursuivraient ces autorités (31) (V. *Addendum*).

291. — Dans quels cas les membres d'un groupement sont-ils en infraction ? La réponse est simple : il faut et il suffit que, d'une part, ce groupement constitue une entente au sens de l'article 85 et que, d'autre part, il n'ait pas encore fait l'objet d'une décision d'application de l'article 85-3°.

La Commission dispose alors de pouvoirs étendus pour faire cesser l'infraction. Ces pouvoirs concernent essentiellement sa saisine et les moyens de coercition dont elle dispose.

1° Comment la Commission est-elle saisie ? Selon l'article 3, la Commission peut constater une infraction *sur demande* ou *d'office*. Dans le premier cas, la demande émane soit d'un Etat membre, soit d'une personne physique ou morale qui fait valoir un intérêt légitime, c'est-à-dire qui, pratiquement, peut justifier d'un préjudice direct et certain que lui a causé l'entente qu'elle dénonce. Dans le second cas, la Commission a connaissance de l'infraction par la voie d'une notification qui lui a été faite : si en effet à la suite d'une notification elle refuse d'appliquer l'article 85-3°, une infraction à l'article 85-1° apparaît automatiquement. Mais la Commission peut également procéder à des enquêtes, en particulier dans le cadre de l'article 12 qui vise les enquêtes par secteurs économiques.

(30) Le premier règlement pris par la Commission le 3 mai 1962 (*J. O. des Communautés* 10 mai 1962) en vertu de l'art. 24 du règlement n° 17, prévoit que la demande est déposée en sept exemplaires et présentée selon un formulaire-type.

(31) *Contra*, M. WAELBROECK, *Le problème de la validité des ententes économiques dans le droit privé du Marché Commun* : *Rev. crit. dr. int. privé* 1962, 415.

2° Lorsqu'elle est saisie d'une éventuelle infraction à l'article 85-1°, la Commission procède à l'instruction de l'affaire, à l'audition des intéressés et des tiers selon les règles générales applicables à toutes les décisions prévues par le règlement n° 17.

3° Que se passe-t-il si la Commission estime qu'une entente se trouve en infraction ? Selon l'article 3-3°, elle peut tout d'abord, avant de prendre une décision définitive, adresser aux entreprises en cause des recommandations visant à faire cesser l'infraction. Théoriquement, ces recommandations peuvent s'exercer dans deux directions différentes : ou bien elles tendent à faire cesser toute activité à l'entente, ou bien elles tendent à modifier les clauses de l'accord afin qu'il puisse bénéficier des dispositions de l'article 85-3°. En fait, il est vraisemblable que ce sera dans les deux directions à la fois que s'orienteront les recommandations. Certaines clauses devront être purement et simplement supprimées; d'autres seront modifiées dans le sens désirable. Ainsi, la procédure devant la Commission s'engagera-t-elle dans la voie des règlements transactionnels (V. *Addendum*).

292. — Si les recommandations ne sont pas suivies, alors, aux termes de l'article 3-1°, la Commission « peut obliger par voie de décision les entreprises et associations d'entreprises à mettre fin à l'infraction constatée ». La décision a un caractère individuel : elle répond à la définition que donne l'article 189 CEE, c'est-à-dire qu'elle est obligatoire en tous ses éléments pour les destinataires qu'elle désigne. Pratiquement, elle apparaîtra comme une injonction d'avoir à mettre fin, dans un délai déterminé, à l'activité incriminée. En vertu de l'article 21 du règlement, la décision doit être publiée mais la Commission doit « tenir compte de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués ».

Il est évident qu'une telle décision comporte déjà par elle-même un effet moral qui est loin d'être négligeable. Il est vraisemblable que la plupart des ententes s'efforceront de se plier aux recommandations formulées préalablement par la Commission. La décision prévue à l'article 3 interviendra rarement. Quoiqu'il en soit elle ne constitue pas la mesure extrême. Son efficacité peut être renforcée si la Commission l'assortit d'une astreinte ou d'une amende.

Le régime de l'astreinte est prévu à l'article 16 : elle peut s'élever à cinquante mille unités de compte par jour de retard, à compter de la date fixée par la décision. Cette astreinte peut être relative à toute activité de l'entente que la Commission estime en contradiction avec l'interdiction formulée par l'article 85-1°.

L'amende, en revanche, qui constitue une sanction encore plus lourde, ne peut pas être prononcée dans tous les cas. Selon l'article 15 il faut distinguer suivant que l'entente a été notifiée ou non,

— si la notification a eu lieu, l'amende ne peut pas être infligée à raison de l'activité que l'entente a mené entre le dépôt de la notification et la décision par laquelle la Commission accorde ou refuse le bénéfice de l'article 85-3°. Cette faveur qui normalement doit pousser

les entreprises à notifier les ententes qui les unissent comporte cependant une atténuation : avant de rendre sa décision définitive, la Commission peut se prononcer provisoirement en faisant savoir aux entreprises que *prima facie* elle estime que l'entente est en contradiction avec l'article 85-1° et ne peut pas bénéficier de l'article 85-3°. L'amende peut alors être encourue à raison des faits postérieurs à la notification. Cette disposition peut paraître assez mystérieuse car, dira-t-on, ou bien la Commission est en mesure de se prononcer ou bien elle ne l'est pas. En réalité, il faut songer que la décision finale sera dans la plupart des cas le résultat d'une procédure transactionnelle au cours de laquelle l'entente aura consenti à se réformer. La décision provisoire est donc relative à l'activité de l'entente telle qu'elle se présente au moment de la notification; la décision définitive est au contraire relative à l'entente qui a modifié son comportement.

— si au contraire la notification n'a pas été faite, l'amende peut être prononcée à raison de toute l'activité de l'entente, qu'elle soit antérieure à la procédure de cessation de l'infraction ou contemporaine de celle-ci.

L'amende est déterminée selon la gravité de l'infraction, et selon sa durée. Elle peut être comprise entre mille et un million d'unités de compte. Mais elle ne peut être infligée aux entreprises que lorsqu'elles ont participé à l'infraction « de propos délibéré ou par négligence ». La condamnation exige donc au moins la mauvaise foi des entreprises coupables. Il faut estimer que la recommandation que la Commission formule par application de l'article 3 avertit suffisamment les intéressés, pour que ceux-ci se trouvent être de mauvaise foi lorsqu'ils persévèrent dans leurs agissements.

La décision de liquidation d'une astreinte ou la décision par laquelle une amende est infligée obéissent à l'article 192 CEE : elles forment titre exécutoire et leur exécution forcée est régie par les règles de la procédure civile en vigueur dans l'Etat sur le territoire duquel elle a lieu.

293. — La Commission dispose donc de pouvoirs considérables pour assurer le respect de l'interdiction formulée par l'article 85-1°. Ses prérogatives connaissent cependant deux limites. La première se trouve dans le recours toujours possible devant la Cour de justice. Ce recours peut prendre deux formes : — ce peut être un recours en annulation de la décision rendue par la Commission, dans les termes de l'article 173 CEE; — ce peut être un recours de pleine juridiction intenté à l'occasion d'une décision assortie d'une astreinte ou d'une amende. La Cour peut alors supprimer, réduire ou majorer l'amende ou l'astreinte. Une seconde limite se trouve dans le fait que, dans tous les cas, la Commission doit agir avant de rendre ses décisions, en relation avec les autorités compétentes des Etats membres. Celles-ci, bien qu'elles ne puissent pas paralyser une décision de la Commission, joueront sans doute un rôle pratique considérable. Cette liaison avec les Etats membres n'est pas propre à la procédure de cessation des

infractions mais est une caractéristique commune à toutes les décisions prises par l'organe communautaire. Avant d'examiner comment les autorités des Etats peuvent assurer le respect de l'interdiction, il convient de décrire ces règles qui sont communes à toutes les décisions de la Commission.

2° LES RÈGLES COMMUNES A TOUTES LES DÉCISIONS RENDUES PAR LA COMMISSION

294. — a) *L'instruction des affaires.* — Toutes les dispositions du règlement relatives à l'instruction démontrent le souci d'assurer une liaison constante et étroite avec les autorités compétentes des Etats membres. Selon l'article 10-2°, les autorités sont habilitées à formuler toutes observations sur les procédures en cours. Quelles sont, en France, ces autorités ? La procédure normale d'instruction des affaires en droit interne est celle qui joue à propos de l'article 59 *bis* de l'ordonnance 45-1483. A cet égard, l'autorité ordinairement compétente est le ministre chargé des affaires économiques. C'est donc avec ce dernier que la Commission devra entrer en relation.

D'abord, la Commission doit, selon l'article 10-1°, transmettre sans délai au ministre chargé des affaires économiques, copie des demandes et notifications ainsi que des pièces les plus importantes qui lui sont adressées en vue de la constatation des infractions. Elle peut ensuite procéder à des demandes de renseignements, à la vérification des documents et à l'audition des intéressés.

Les demandes de renseignements : elles sont régies par l'article 11 du règlement. Les demandes sont adressées soit au ministre chargé des affaires économiques, soit directement aux entreprises. Dans ce dernier cas, copie de la demande est adressée au ministre. La Commission dispose en cette matière d'un pouvoir très étendu, car selon le texte elle peut recueillir « tous les renseignements nécessaires » (32). Quelles sont les sanctions de ce pouvoir ? D'abord la Commission peut, en cas de refus des entreprises, prendre une décision qui est obligatoire dans tous ses éléments. Si la décision reste sans effets, elle peut prononcer une astreinte, dans les termes de l'article 16-1 c, ou même une amende dans les termes de l'article 15-1 b.

Les vérifications : elles sont effectuées auprès des entreprises et concernent selon l'article 14-1° :

- le contrôle des livres et autres documents professionnels;
- l'établissement de copies ou d'extraits de livres et documents professionnels;
- la demande d'explications orales;
- l'accès à tous les locaux, terrains et moyens de transport des entreprises.

(32) En ce qui concerne la divulgation des renseignements et leur publication, l'art. 20 prévoit dans quelle mesure la Commission et ses agents sont tenus au secret professionnel.

La procédure de vérification débute par une décision de la Commission qui en précise l'objet, le but et la date. Elle peut alors être accomplie soit par les services du contrôle économique agissant sur demande de la Commission, soit directement par les agents de la Commission mandatés à cet effet. Le refus d'une entreprise de se soumettre à la vérification ou le fait de présenter d'une manière incomplète les documents requis, peut donner lieu à une décision portant fixation d'une amende, en vertu de l'article 15-1 c ou d'une astreinte, en vertu de l'article 16-1 d.

L'audition des intéressés est favorisée au maximum par l'article 19 qui édicte en effet deux mesures complémentaires. D'une part, la Commission ou les autorités compétentes des Etats membres peuvent procéder à l'audition de toute personne physique ou morale, chaque fois qu'elles l'estiment nécessaire. D'autre part, le règlement reconnaît à deux catégories de personnes le droit d'être entendues par la Commission. Ce sont, au premier chef, les entreprises directement intéressées, c'est-à-dire les membres de l'entente; ce sont en outre, toutes les personnes physiques ou morales qui peuvent justifier d'un intérêt suffisant à être entendues (V. *Addendum*).

C'est pour susciter cet avis des tiers intéressés que l'article 19-3° prévoit une mesure de publicité particulière; avant de rendre toute décision d'application de l'article 85-3° CEE, ou toute attestation négative, la Commission doit publier l'essentiel de la notification ou de la demande : un délai d'un mois au moins est alors fixé au cours duquel les tiers intéressés sont invités à présenter leurs observations (33).

295. — Les rédacteurs du règlement ont donc cherché à assurer une instruction objective et complète de toutes les affaires. Sans être véritablement contradictoire, l'instruction repose en effet sur la participation de toutes les personnes intéressées : la Commission, grâce aux pouvoirs étendus qui lui sont reconnus, les Etats membres qui non seulement doivent être tenus au courant des principaux actes de la Commission, mais qui encore peuvent être associés activement à la procédure d'enquête et peuvent à tout moment formuler leurs observations, les membres de l'entente qui peuvent présenter leur défense et qui disposent des voies de recours ordinaires contre les décisions de la Commission, tous les tiers intéressés enfin qui peuvent toujours faire valoir leur avis.

La procédure d'instruction offre un certain nombre de garanties. Mais cela ne va pas sans une certaine lourdeur des mécanismes. Il est certain qu'une collaboration aussi étroite avec les autorités des Etats membres peut constituer une source de complication et retarder considérablement la décision finale. Le fait que, dans le cas de l'application

(33) On peut rapprocher cette disposition de celle qui figure aux parag. 2-2°, 5-1° et 6-2 *in fine* de la GWB, et selon lesquels lorsqu'une entente présente une demande d'autorisation ou une notification, il faut y joindre l'avis des tiers, producteurs et acheteurs intéressés.

de l'article 85-3°, la décision puisse rétroagir jusqu'au jour de la notification, n'efface pas totalement cet inconvénient. Cette impression se renforce encore lorsque l'on sait que, à l'issue de l'enquête, la Commission ne se trouve pas en mesure de rendre sa décision définitive : elle doit demander l'avis du Comité consultatif prévu à l'article 10.

296. — b) *Le Comité consultatif.* — La création de ce comité apparaît comme une concession supplémentaire qui a été faite aux Etats membres. Le Comité est en effet destiné à refléter l'opinion de ces derniers. Il se compose de six fonctionnaires compétents en matière d'ententes, chaque Etat en désignant un. Le Comité n'est pas un organe communautaire, car chaque fonctionnaire représente l'Etat qui l'a désigné.

Le Comité consultatif est appelé à jouer un rôle très actif, puisqu'il doit être obligatoirement consulté à propos de *toutes les décisions* que la Commission pourra prendre à l'occasion d'une procédure d'attestation négative, d'application de l'article 85-3° ou de cessation des infractions. C'est la Commission qui le convoque en adressant à chacun de ses membres et à propos de chaque affaire un exposé des faits et un avant-projet de décisions. Le Comité se réunit à la date fixée, sans conditions de quorum. Il ne semble pas qu'il puisse, en séance, entendre les intéressés car les termes de l'article 10 laissent penser que l'examen de l'affaire se fait sur pièces. Les avis sont pris à la majorité simple et font l'objet d'un compte rendu écrit qui reste secret.

Les avis du Comité consultatif ne lient pas la Commission, mais on doit s'attendre à ce qu'ils jouent en fait un rôle considérable. On ne saurait négliger finalement le rôle que joueront les autorités compétentes des Etats dans l'élaboration de toutes les décisions rendues par la Commission. Ces autorités pourront, grâce au droit de regard qui leur est accordé, peser sur la politique de la Commission. Mais dans certains cas, ce n'est pas un simple droit de regard, mais bien l'ensemble de leurs prérogatives que conservent les autorités nationales pour appliquer le droit communautaire.

3° L'INTERVENTION DIRECTE DES AUTORITÉS DES ETATS MEMBRES

297. — C'est sur ce point qu'apparaît une notable différence avec le système en vigueur dans la Communauté du charbon et de l'acier. Dans celui-ci la Haute Autorité a compétence exclusive pour se prononcer sur la conformité d'accords ou de décisions avec l'article 65 CECA et nous avons vu à quelle conséquence aboutit ce principe (34). Dans le système du Traité CEE au contraire, les autorités des Etats membres conservent une certaine compétence : celle d'appliquer l'article 85-1° du Traité (35).

(34) V. *supra*, n° 273.

(35) Comp. J. ROBERT, note sous Paris 26 janvier 1963 : D. 1963, 191.

L'objet de la compétence des autorités nationales apparaît clairement : il consiste à veiller sur le respect de l'interdiction formulée. Les autorités des Etats ne peuvent pas déclarer qu'une entente est licite par application de l'article 85-3° car ce faisant elles empièteraient sur la compétence réservée de la Commission. Elles peuvent donc seulement :

— constater que le groupement qui est porté à leur connaissance tombe sous le coup de l'article 85-1°, c'est-à-dire qu'il constitue une entente et que cette entente est de celles que vise le *Traité*;

— dans l'affirmative, constater que cette entente n'a fait l'objet d'aucune décision d'application de l'article 85-3°;

— tirer les conséquences qui découlent de l'interdiction.

Lors de la rédaction du règlement, la reconnaissance d'une double compétence soulevait deux problèmes. D'abord il fallait limiter les risques de conflits de décisions en évitant que la Commission puisse être saisie d'une affaire en même temps que les autorités nationales. Ensuite, il fallait prévoir suivant quelles règles de contrôle les autorités nationales allaient devoir agir.

298. — a) *Compétence ratione temporis des autorités nationales.*

— Selon l'article 9 du règlement, ces autorités restent compétentes aussi longtemps que la Commission n'a engagé aucune procédure en application des articles 2, 3 ou 6. Il s'agit des trois procédures relatives à l'attestation négative, à la cessation des infractions et à la décision d'application de l'article 85, paragraphe 3.

A partir de quel moment peut-on estimer que les autorités nationales deviennent incompétentes ? La question est délicate, car les textes restent imprécis à cet égard. D'un côté, on peut soutenir que la procédure est engagée dès qu'une plainte, une demande d'attestation négative ou une notification a été déposée et enregistrée devant la Commission. Celle-ci est alors saisie, elle doit tôt ou tard statuer sur le point qui lui est soumis et les autorités nationales se trouvent corrélativement dessaisies. Il faut en déduire que ces dernières doivent se déclarer incompétentes ou surseoir à statuer (selon la nature de l'instance) sur simple présentation par une partie en cause de l'accusé de réception, délivré par la Commission, de la plainte, de la demande ou de la notification. Mais alors, d'un autre côté, n'est-il pas facile, dans ces conditions, pour les intéressés de se livrer à des manœuvres dilatoires, en déposant, par exemple, devant la Commission une notification tardive, alors qu'une procédure est déjà en cours devant les autorités nationales pour appliquer l'article 85-1° ? Il faudrait alors considérer que la procédure devant la Commission ne débute pas avec la saisine de celle-ci (36). Le premier acte qui relève de l'initiative de la Commission est celui qui est visé à l'article 10-1° du règlement : la transmission aux autorités compétentes des Etats membres de la

(36) En ce sens, v. les concl. LAGRANGE dans l'affaire 13-61 : *Rec. des Arrêts de la Cour*, 1962, vol. VIII, p. 135.

copie de la demande, de la notification ou des pièces qui sont adressées en vue de la constatation d'une infraction. C'est par le jeu de cette transmission seulement que pourrait être provoqué le dessaisissement des autorités nationales. Ainsi, devant un tribunal français, l'incompétence ou le sursis à statuer devraient être requis par le Ministère public.

Saisie du problème, la Cour de Paris l'a résolu, le 26 janvier 1963, d'une manière qui n'est pas exempte d'équivoque (37). En l'espèce, la société U.N.E.F., attaquée pour concurrence déloyale, avait saisi la Commission d'une demande de constatation de nullité d'un accord d'exclusivité. La plainte avait été enregistrée le 13 mars 1962 et il en avait été accusé réception le 28 mars 1962. Le 15 juin suivant, la Commission avait fait savoir au plaignant que « la procédure prévue au règlement n° 17 avait été engagée ». — La société U.N.E.F., appelante, prétendait que du seul fait de cette lettre la Cour devait surseoir à statuer. L'intimée soutenait au contraire que seul le Gouvernement français, et en l'espèce son représentant, le Ministère public, avisé par la Commission en application de l'article 10 du règlement, était habilité à requérir le sursis à statuer. La Cour, tout en prononçant le sursis, ne trancha pas clairement le problème, car entre-temps le Ministère public avait reçu communication d'une lettre adressée par la Commission au Gouvernement français et attestant que la procédure avait bien été engagée par elle.

La solution exige, pensons-nous, que l'on sépare deux problèmes qui sont distincts. D'abord celui de savoir à partir de quel moment une procédure peut être considérée comme engagée devant la Commission. Ensuite, celui de savoir par quels moyens l'exception d'incompétence peut être soulevée devant l'autorité nationale saisie.

1° A quel moment la procédure est-elle engagée devant la Commission ? Les termes de l'article 9-3° du règlement n° 17 sont très nets : « Aussi longtemps que la *Commission n'a engagé aucune procédure...* ». C'est bien la Commission, et elle seule, qui engage la procédure, ce ne sont pas les particuliers. Il faut donc distinguer la saisine qui peut être l'œuvre des particuliers, de l'engagement de la procédure, qui est toujours l'œuvre de la Commission. — Mais, distinct de la saisine, l'engagement de la procédure ne doit pas non plus être confondu avec la transmission des copies prévue à l'article 10-1° du règlement. D'abord, cette transmission doit avoir lieu « sans délai ». Ensuite, elle n'implique en rien que la procédure soit déjà engagée. Lorsque celle-ci le sera, les autorités nationales en seront avisées en application de l'article 10-2°, qui prévoit que la Commission « mène les procédures visées au paragraphe 1 en liaison étroite et constante avec les autorités compétentes des Etats membres... ».

C'est du reste dans ce sens que va la Cour de Paris, comme cela

(37) Paris 26 janv. 1963 : *J.C.P.* 63, II, 13103, concl. DESANGLES ; *D.* 1963, 189, note J. ROBERT ; V. obs. HÉMARD : *Rev. tr. dr. com.* 1963, 352.

apparaît dans un motif de son arrêt précité : « Ce n'est qu'après cette saisine et cet engagement qu'elle (la Commission) mène la procédure en liaison étroite et constante avec les autorités compétentes des Etats membres... » C'est dans ce sens encore que s'est prononcée la Cour d'Amiens, statuant comme juridiction de renvoi dans l'affaire *Nicolas* (38). L'appelant versait aux débats les accusés de réception des notifications qu'il avait faites à la Commission. La Cour n'en a pas moins décidé que « le prévenu n'a versé aux débats aucune pièce émanant de la Commission de Bruxelles permettant d'inférer que celle-ci a engagé la procédure... » (39).

Il faut donc, pour que la procédure soit engagée devant la Commission, que celle-ci ait clairement manifesté sa volonté dans ce sens, soit dans un avis transmis aux autorités nationales, soit dans une lettre adressée à l'un des intéressés.

2° Comment l'exception d'incompétence ou la demande de sursis à statuer peut-elle être mise en œuvre devant l'autorité nationale déjà saisie ? Il faut considérer que l'incompétence édictée par l'article 9-3° du règlement à l'égard des autorités nationales est d'ordre public. Elle peut donc être soulevée non seulement par le ministère public, avisé en vertu de l'article 10-2°, mais encore par les parties, informées directement par la Commission, et même d'office par le juge, dès que la Commission a manifesté sa volonté d'engager l'une des procédures prévues à l'article 9 du règlement. L'exception d'incompétence pourra du reste intervenir à toute hauteur de la procédure devant une juridiction nationale, quelles que soient les règles du droit interne sur ce point, car le principe de l'article 9-3° se suffit à lui-même et ne saurait être mis en échec par les législations nationales en matière de procédure.

La compétence des autorités nationales est donc subsidiaire. C'est en l'absence de toute procédure devant la Commission que ces autorités pourront statuer. Elles le feront en appliquant toutes les règles de contrôle de droit interne qui ne sont pas en contradiction avec le droit communautaire.

299. — b) *Les règles de contrôle applicables.* — L'article 9-3° prévoit que les autorités des Etats membres appliquent les dispositions de l'article 85-1° conformément à l'article 88 du traité. L'article 88 qui concernait essentiellement la période transitoire précédant l'entrée en vigueur du règlement prévu par l'article 87, conserve donc un rôle actuel. Cependant son objet se trouve forcément modifié. Il était ainsi rédigé :

« Jusqu'au moment de l'entrée en vigueur des dispositions prises en application de l'article 87, les autorités des Etats membres statuent sur l'admissibilité d'ententes (et sur l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché commun) en conformité du droit de

(38) V. *supra*, n°s 203 et 204.

(39) Amiens 9 mai 1963 : *J.C.P.* 63, II, 13222.

leur pays et des dispositions des articles 85 notamment paragraphe 3 (et 86) ».

Or, la compétence des autorités nationales s'exerce maintenant à l'égard de l'interdiction formulée à l'article 85-1° et non plus à l'égard de l'admissibilité des ententes. L'article 88 doit donc être compris aujourd'hui de la manière suivante :

« En application de l'article 9-3° du règlement n° 17, les autorités des Etats membres statuent sur l'interdiction des ententes (et sur l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché commun) en conformité du droit de leur pays et des dispositions de l'article 85-1° (et 86). »

Mais l'interprétation de l'article 88 doit rester la même que par le passé. Les termes « en conformité du droit de leurs pays et des dispositions de l'article 85-1° » signifient donc que les autorités appliquent comme unique règle matérielle les dispositions de l'article 85-1° et 2°, et comme règle de contrôle celles de leur droit interne qui ne sont pas contredites par les dispositions du règlement n° 17.

En droit interne, le contrôle peut être exercé soit à l'occasion d'un litige civil, soit à l'occasion d'une procédure répressive. Ces deux voies restent naturellement ouvertes pour l'application de l'article 85-1°.

300. — 1° *Le jeu de l'interdiction à l'occasion d'une instance civile.* — Le problème se pose alors de savoir si l'accord ou la décision en cause est frappé de nullité par application de l'article 85-2° ou encore si les membres d'une entente n'ont pas commis, en violant l'interdiction une faute justifiant une action en réparation.

Si la Commission s'est déjà prononcée à l'égard de l'entente, par une attestation négative, une décision d'application de l'article 85-3° ou une décision constatant l'infraction, il faut considérer que la décision s'impose au juge civil (40). Il doit s'y conformer. Si, au contraire, aucune procédure n'a été encore engagée devant la Commission, le juge ne devra pas surseoir à statuer, car l'application de l'article 85-1° ne constitue pas alors une question préjudicielle.

(40) Aucune disposition du Traité ne prévoit expressément dans quelle mesure les décisions individuelles prises par la Commission s'imposent aux juridictions nationales. L'art. 189 CEE stipule seulement que « la décision est obligatoire en tous ses éléments pour les destinataires qu'elle désigne ». Cependant, aux termes de l'art. 5, « les Etats membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent Traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission ». Il est donc au moins indispensable d'accorder aux décisions de la Commission une valeur égale à celle des actes administratifs individuels pris par les autorités nationales. Dans cette mesure, leur respect s'impose aux tribunaux, sauf un recours préjudiciel présenté à la Cour de Justice en vertu de l'art. 177, et portant sur l'interprétation ou la validité de la décision en cause.

On observera en outre que, s'agissant des décisions rendues sur la base de l'art. 85, la compétence de la Commission est soit exclusive (application de l'art. 85-3), soit principale (application de l'art. 85-1° ou attestation négative). La compétence des autorités nationales n'est que subsidiaire. Ne faut-il pas en conclure qu'elles doivent respecter les décisions de la Commission, lorsque cette dernière a déjà eu l'occasion de se prononcer ?

L'examen du juge portera sur un seul point : le groupement soumis à son appréciation tombe-t-il sous le coup de l'article 85, constitue-t-il une entente susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres ? Dans l'affirmative il doit obligatoirement conclure à la nullité de l'entente ou à l'infraction faite à l'interdiction portée par l'article 85-1°. Sinon, il rend une décision qui peut être comparée, par son objet, à l'attestation négative que rendrait la Commission en vertu de l'article 2 du règlement.

Enfin, si une procédure est engagée par la Commission, il doit surseoir à statuer et attendre la décision que rendra cette dernière (41).

301. — 2° *Le jeu de l'interdiction à l'occasion d'une instance pénale.* — L'infraction à l'article 85-1° peut alors être poursuivie devant les autorités françaises soit à titre principal, soit en connexité avec des poursuites fondées sur l'article 419 du Code pénal ou l'article 37-3° de l'ordonnance 45-1483.

S'agissant d'une poursuite à titre principal la répression sera fondée sur la violation de l'article 85-1°. Les éléments constitutifs de l'infraction seront ceux qu'indique cette disposition. Mais pour le surplus c'est le droit interne qui sera applicable. Or, en droit français, la procédure normale, c'est-à-dire celle qui répond à tous les cas d'entente, est celle qui s'applique à l'occasion de l'article 37-3° de l'ordonnance 45-1483. Toutes les règles concernant l'instruction, la compétence de la Commission technique des ententes et du ministre chargé des affaires économiques, la transaction et l'application des pénalités prévues par l'ordonnance 45-1484 sont par analogie applicables.

S'agissant au contraire d'une poursuite à titre accessoire, l'infraction à l'article 85-1° est unie par des liens de connexité à l'infraction édictée soit par l'article 419 du Code pénal, soit par l'article 37-3° de l'ordonnance 45-1483. Ce seront alors les règles procédurales et les pénalités relatives à l'une ou à l'autre de ces infractions qui seront applicables.

Enfin, si au cours de l'instruction menée par les autorités administratives ou judiciaires, en vue d'appliquer l'article 85-1°, une procédure vient à être ouverte devant la Commission, ces autorités devront se dessaisir définitivement de l'affaire ou rendre un jugement d'incompétence (42).

302. — Tels sont les moyens dont disposent les autorités des Etats membres pour faire respecter l'interdiction des ententes. Faut-il regretter que les dispositions de l'article 85 CEE ait été scindées en deux parties, l'application de chacune d'elles pouvant être le fait d'autorités différentes, alors que cet article forme un tout et que l'appréciation d'une entente doit se faire aussi bien au regard du

(41) Sur l'effet du sursis, V. J. ROBERT, note sous Cass. 12 mars 1963 et Trib. com. Seine 5 mars 1963 : *D.* 1963, 367.

(42) V. *supra*, n. 298.

paragraphe 1 que du paragraphe 3 ? En fait il ne le semble pas, car les ententes susceptibles d'obtenir une décision d'application de l'article 85-3° ne manqueront pas d'être notifiées à la Commission. En droit strict, la formule est cependant imparfaite car elle peut entraîner des contrariétés de décisions.

303. — c) *Les possibilités de conflits entre décisions de la Commission et décisions des autorités nationales.* — 1° *Les cas de conflits.* — Attestations négatives, interdictions, autorisations, telles sont les trois sortes de décisions qui pourraient théoriquement entrer en conflit. Le système inauguré par le règlement n° 17 évite néanmoins la source la plus grave et la plus fréquente de conflit, celle qui opposerait une interdiction à une autorisation (43).

En effet, lorsqu'une autorité nationale met en jeu l'interdiction d'une entente, soit pour en tirer des conséquences civiles, soit pour exercer la répression pénale, sa décision repose sur la constatation d'une situation juridique préexistante : elle vise l'entente qui n'a pas été autorisée. La décision d'application de l'article 85-3° au contraire, qui seule relève de la compétence de la Commission possède un caractère constitutif. Elle vaut essentiellement pour l'avenir. Il n'y a donc, juridiquement du moins, aucun conflit entre les deux décisions, puisque

(43) Cela ne vaut évidemment qu'à l'égard des conflits au sens strict, c'est-à-dire de ceux qui opposent deux décisions relatives à l'application de la même règle de droit et, dans le cas particulier, de ceux qui opposeraient une décision de la Commission à une décision d'une autorité nationale, toutes deux portant sur l'application de la même règle du droit communautaire. Un conflit, au sens large, pourrait se présenter en revanche en cas de contradiction d'une décision de la Commission, appliquant le droit communautaire, avec une décision d'une autorité nationale, appliquant le droit interne. Il pourrait se présenter, par exemple, qu'une entente soit déclarée interdite par la Commission, par application de l'art. 85-1°, et déclarée licite par application de l'art. 59 *ter* de l'ordonnance 45-1483. Il n'y a pas de conflit, à proprement parler, dans ce cas, car la décision de la Commission concerne l'effet de l'entente sur le commerce entre Etats, alors que la décision de la juridiction interne ne concerne que l'effet de l'entente sur le marché national. En fait, les deux décisions sont inconciliables dans la mesure où elles prennent pour objet les effets distincts d'un seul et même accord. Celui-ci doit alors être tenu pour nul. Et l'on comprend aisément pourquoi. Les dispositions du Traité relatives à la concurrence font partie de l'ordonnement juridique interne. Tout contrat passé au mépris de ces dispositions, qui sont d'ordre public, se trouve frappé de nullité, en application de l'article 6 du Code civil (V. *Addendum*).

C'est ce principe qu'a consacré implicitement la Cour de Paris, dans son arrêt du 26 janvier 1963 (*J.C.P.* 63, II, 13103, concl. DESANGLES ; *D.* 1963, 189, note J. ROBERT ; Obs. HÉMAR : *Rev. tr. dr. com.* 1963, 352). Il s'agissait en l'espèce d'une action en concurrence déloyale, dirigée par le concessionnaire exclusif en France d'une maison allemande, contre un concurrent français qui avait importé et vendu du matériel au mépris du contrat de concession. Le contrat, vraisemblablement licite au regard de l'ordonnance 45-1483, était cependant susceptible de se voir frappé de nullité en application de l'article 85-1° CEE. Le Tribunal de commerce de la Seine avait cru pouvoir juger le litige au regard du seul droit national, abstraction faite des règles communautaires. La Cour de Paris n'a pu que redresser une telle erreur, en relevant que l'annulation éventuelle du contrat par la Commission de Bruxelles, en application de l'article 85, devait nécessairement avoir effet sur le fondement même de la demande.

Dans son jugement du 5 mars 1963, le Tribunal de commerce de la Seine (*D.* 1963, 367, note J. ROBERT) a admis qu'en dépit du sursis à statuer, l'entente (en l'espèce, un contrat d'exclusivité) peut emporter provisoirement certains effets, pourvu qu'elle ait été régulièrement notifiée à la Commission (V. également, Amiens 9 mai 1963 : *J.C.P.* 63, II, 13222).

l'une ne vaut que pour une période allant jusqu'à une éventuelle décision d'autorisation et l'autre pour l'avenir seulement. En fait, la situation pourra paraître parfois paradoxale, puisque le même accord peut tour à tour être déclaré incompatible puis compatible avec le marché commun (44).

Il peut en revanche y avoir un véritable conflit entre une attestation négative et une décision d'interdiction. Ces deux sortes de décisions reposent en effet sur la constatation d'une situation juridique préexistante et à ce titre elles peuvent se heurter. Encore faut-il distinguer :

— si la décision est rendue d'abord par la Commission il ne peut pas y avoir risque de conflit, car par application de l'article 9-3°, les autorités nationales sont devenues incompétentes pour statuer sur le point considéré.

— mais que se passe-t-il si c'est l'autorité de l'ordre interne qui a rendu la première décision ? Par exemple, au cours d'un litige civil, un tribunal français peut décider qu'un groupement ne constitue pas une entente au sens de l'article 85 CEE et qu'il échappe par là à la nullité. Puis la Commission peut entamer à l'égard du même groupement une procédure de cessation de l'infraction parce qu'elle estime qu'il constitue bien une entente tombant sous le coup du Traité. Réciproquement, un tribunal répressif national pourrait condamner les membres d'une entente, puis la Commission délivrer une attestation négative à l'égard de la même entente. Il y a véritablement conflit dans ces deux cas, parce que les deux décisions tranchent différemment un problème juridique identique : le fait qu'un groupement tombe ou ne tombe pas sous le coup de l'article 85 CEE.

— un conflit analogue pourrait survenir entre les décisions rendues à l'égard d'un même groupement par les autorités relevant de deux Etats membres différents.

304. — 2° *La solution des conflits.* — Peut-on résoudre la contradiction lorsqu'elle se présente ? Il faut admettre pour cela que l'une des deux décisions, décision de la Commission ou décision d'une autorité nationale, l'emporte sur l'autre parce qu'elle est pourvue d'une autorité supérieure.

On ne peut pas admettre vraisemblablement, semble-t-il, que la décision rendue par une juridiction nationale soit pourvue d'une valeur supérieure à celle que rend un organe communautaire (45). Ni la Commission, ni la Cour de Justice ne sont liées par les décisions

(44) Il y aurait cependant un véritable conflit si, à la suite d'une décision d'application de l'art. 85-1° par une autorité nationale, la Commission décidait d'appliquer l'art. 85-3° avec effet rétroactif, en application de l'art. 7 du règlement. Ces hypothèses sont cependant en nombre limité, puisque l'art. 7 ne concerne que les ententes existant à la date d'entrée en vigueur du règlement.

(45) Dans ce sens, DERINGER, art. précit. : *Rev. du M.C.* 1962, 82.

des autorités nationales (46). En revanche, on peut se demander si, sur le point particulier qui nous occupe, les décisions rendues par la Commission n'ont pas une autorité supérieure à celles que rendent les autorités nationales. L'article 9-3° peut le faire penser, car il montre de toute évidence que la compétence en matière de contrôle des ententes appartient à titre principal aux organes communautaires et à titre subsidiaire seulement aux autorités nationales. De sorte que si, en l'état de la procédure devant les juridictions de l'ordre interne, une voie de recours est encore ouverte après que la Commission a rendu sa décision, la juridiction jugeant sur recours sera tenue de respecter celle-ci et de réformer ou de casser le jugement du tribunal national. Cette éventualité sera cependant fort rare. Dans la plupart des cas, le jugement rendu par la juridiction nationale sera devenu irrévocable et le conflit ne pourra, en fait, être vidé.

Quant aux conflits qui opposeraient les décisions rendues par des autorités relevant d'Etats membres différents, on voit mal comment les résoudre. Aucune procédure ne permet aux plaideurs, dans ce cas, de saisir la Cour de Justice.

C. — La surveillance des ententes autorisées

305. — En règle générale, le contrôle *a priori* des ententes ne se suffit jamais à lui seul. Il est évident en effet que l'autorisation qui a été accordée ne peut pas avoir un caractère absolu. Elle est relative aux faits qui ont été notifiés; elle a été rendue en fonction des circonstances économiques qui caractérisaient le secteur intéressé par l'entente au moment de la décision. Que les membres de l'entente viennent à modifier les clauses de leur accord, que les circonstances économiques évoluent profondément, et la Commission sera amenée à réviser sa position. On comprend qu'un régime de surveillance, sanctionné par un pouvoir de modification de la décision initiale, soit reconnu à la Commission pour l'application de l'article 85-3°. C'est ce régime que consacre l'article 8 du règlement sous l'intitulé : « durée de validité et révocation des décisions d'application de l'article 85 paragraphe 3 » (47). Un double mécanisme permet à la surveillance de la Commission de s'exercer.

1° Toutes les décisions d'application de l'article 85-3° ont une portée limitée dans le temps. Elles peuvent être renouvelées mais il faut pour cela un acte exprès, une nouvelle décision d'application de l'article 85-3° rendue sur demande. Ce principe a pour conséquence d'obliger périodiquement la Commission à réexaminer les ententes autorisées. De plus, cette reconduction de la décision ne peut pas être

(46) Cf. F. DUMON, *La Cour de Justice des Communautés européennes et les Juridictions des Etats membres* (Travaux de la commission de droit international de l'Union internationale des magistrats) : *Rev. int. de dr. comp.* 1962, 369.

(47) L'art. 8 du règlement semble issu directement du parag. 11 GWB dont il adopte pratiquement le contenu.

purement formelle, elle exige que les circonstances de fait soient de nouveau prises en considération, puisque selon l'article 8-2° la décision de renouvellement peut intervenir « si les conditions d'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité continuent d'être remplies ».

2° Avant l'expiration du délai fixé, la Commission peut revenir sur sa décision. Elle peut soit la révoquer totalement, soit la modifier, soit la maintenir, mais en interdisant certains agissements auxquels elle a pu servir de prétexte. L'article 8-3° indique les cas dans lesquels ces mesures peuvent intervenir. Ils sont limités à quatre mais deux d'entre eux sont conçus dans des termes suffisamment larges pour que l'on puisse affirmer que, en fait, la Commission dispose d'un pouvoir quasi-discrétionnaire.

Dans deux cas la révocation ou la modification intervient à titre de sanction : les intéressés ont contrevenu à une charge dont la décision initiale était assortie; la décision était fondée sur des indications inexactes ou a été frauduleusement obtenue. Dans les deux autres cas il s'agit au contraire de modifications intervenues dans les circonstances qui justifiaient l'autorisation : modification de l'attitude des intéressés qui ont « abusé » de l'exemption, ou modification de la situation de fait. Il restera à la Commission et à la Cour de justice à préciser la portée du terme « abusé ». Il semble qu'il s'agisse d'un détournement de l'autorisation à des fins autres que celles qui avaient été prévues. Par exemple, la Commission a autorisé un système de quotas de production conçu aux fins d'une spécialisation des entreprises et il s'avère que, dans son application, le système n'a pas abouti à cette spécialisation tout en conservant son caractère restrictif de concurrence. Quant à la « situation de fait », il s'agit essentiellement des caractéristiques du marché considéré à un moment donné. Une situation de crise dans la branche a pu justifier l'autorisation mais la crise était provisoire et a été surmontée : certaines clauses de l'autorisation pourront être modifiées dans le sens d'une plus grande sévérité. Le texte est assez large pour laisser à la Commission une grande latitude de décision. La seule limite à son pouvoir provient de ce que la situation de fait considérée doit être en rapport « avec un élément essentiel » de la décision initiale. La Cour de justice sera éventuellement juge du caractère essentiel ou non d'un élément d'une décision.

306. — Quelle est la portée d'une décision de révocation ou de modification ? Conformément au principe du contrôle en vigueur devant la Commission, la révocation ou la modification intervient pour l'avenir seulement, sans effet rétroactif. Seulement dans trois cas, la Commission pourra décider que la révocation opère rétroactivement : ce sont les cas de la contravention à une charge, de l'inexactitude des indications ou de l'abus d'autorisation. On comprendrait même que l'effet rétroactif de la révocation soit la sanction normale dans le cas où l'autorisation reposait sur des indications inexactes ou a été obtenue frauduleusement, car la décision d'application de l'article 85-3° était alors entachée dès l'origine d'un véritable vice.

D. — Régime transitoire

307. — Toutes les règles qui viennent d'être exposées concernent les ententes *futures* c'est-à-dire celles qui reposent sur un accord, une décision ou une pratique concertée postérieurs à la date d'entrée en vigueur du règlement. Il restait à fixer le sort des ententes *existantes*. En ce qui les concerne, des concessions supplémentaires ont été faites au régime du contrôle *a posteriori*. Le caractère rétroactif des décisions devient le cas normal.

Encore convient-il de distinguer entre trois périodes; la période antérieure à l'entrée en vigueur du Traité; la période s'écoulant de l'entrée en vigueur du Traité à l'entrée en vigueur du règlement n° 17; la période postérieure à l'entrée en vigueur du règlement n° 17.

a) *Antérieurement à l'entrée en vigueur du Traité*

Les ententes existantes étaient alors régies uniquement par les dispositions du droit interne.

b) *De l'entrée en vigueur du Traité à l'entrée en vigueur du règlement n° 17*

C'était alors le régime transitoire prévu par les articles 88 et 89 CEE qui s'appliquait. La Cour de Justice a donné une interprétation partielle de ces textes (48). Il en découle la situation suivante :

— seules ont pu être interdites durant cette période, en application de l'article 85-1° CEE, les ententes qui ont fait l'objet d'une décision expresse rendue par les autorités compétentes des Etats membres ou par la Commission;

— les ententes tombant sous le coup de l'article 85 et à l'égard desquelles a été prise par les autorités nationales une décision d'application de l'article 85-3°, voient leur validité confirmée par l'article 23 du règlement n° 17. Il ne peut être question de revenir sur leur situation. Leur validité expire au terme fixé par la décision qui avait été rendue, sans cependant qu'elle puisse se prolonger au-delà de trois ans à compter de l'entrée en vigueur du règlement n° 17. A l'arrivée du terme, le renouvellement de l'autorisation est possible, mais alors selon la procédure normale, prévue à l'article 8;

— les ententes à l'égard desquelles aucune décision n'avait été rendue ne sont ni interdites ni autorisées de plein droit. Leur situation durant la période considérée peut encore faire l'objet d'une décision intervenant après l'entrée en vigueur du règlement n° 17 et pourvue d'un effet rétroactif.

(48) Cour de Justice des Communautés, arrêt du 6 avril 1962; — V. *supra*, n° 280.

c) *Postérieurement à l'entrée en vigueur du règlement n° 17.*

Plusieurs dispositions visent la situation de ces ententes.

1° En premier lieu, le régime de leur autorisation. On retrouve ici à certains égards la distinction entre les ententes du type A et celles du type B. Les ententes du type A ont dû être notifiées à la Commission avant le 1^{er} novembre 1962 et, par dérogation, avant le 1^{er} février 1963 pour les accords, décisions et pratiques concertées auxquels ne participent que deux entreprises (49). Pour les ententes du type B, la notification n'est pas obligatoire et l'application de l'article 85-3° peut être décidée par la Commission à la faveur d'une procédure quelconque.

Mais dès lors qu'intervient la décision d'application de l'article 85-3° les effets sont les mêmes à l'égard des ententes des deux types : la décision peut rétroagir au-delà de la date de notification. En ce qui concerne les ententes qui ont été fondées après l'entrée en vigueur du Traité la validité peut donc leur être reconnue à partir du jour de leur formation. En ce qui concerne les ententes qui avaient vu le jour avant l'entrée en vigueur du Traité, la validité peut remonter jusqu'à cette dernière date.

Il reste à fixer le sort des ententes existantes du type A qui ne seraient pas notifiées au 1^{er} novembre 1962 : l'autorisation ne pourra pas prendre effet avant le jour de la notification. Telle est la sanction de l'inobservation de l'obligation qui pèse sur elles.

2° En second lieu, quel est le régime de répression des ententes existantes ? Lorsque l'application de l'article 85-3° leur est refusé soit définitivement, soit pour la période antérieure à leur notification, s'ensuit-il qu'elles doivent être tenues pour interdites, en application du principe général ? Selon l'article 7 deux cas sont à considérer :

— Si ces ententes, qu'elles soient du type A ou du type B, n'ont pas été notifiées, la procédure de cessation prévue pour les ententes futures leur est entièrement applicable;

— Si au contraire elles ont été notifiées (50), l'interdiction de l'article 85-1° peut être levée pour le passé. Pour les ententes du type A, la notification doit avoir été faite régulièrement avant le 1^{er} novembre 1962; pour les ententes du type B, qui ne sont pas astreintes à la notification, elles doivent cependant y avoir procédé avant le 1^{er} janvier 1967 (51), si elles veulent se voir appliquer cette suspension des effets de l'article 85-1°. Encore faut-il qu'elles aient, en cours de

(49) L'échéance était préalablement et uniformément fixée au 1^{er} août 1962 par l'art. 5-1° du règlement. La modification a été apportée par le règlement n° 59 du Conseil en date du 3 juillet 1962 (*J. O.* 10 juill., p. 1655) sur proposition de la Commission et après avis de l'Assemblée (avis du 28 juin 1962 : *J. O.* 25 juill. 1962, p. 1805).

(50) Le texte de l'art. 7 indique plus exactement qu'elles doivent avoir « donné leur accord exprès à la notification », ce qui laisse sous-entendre que la Commission peut les inviter à procéder à une notification tardive.

(51) La date du 1^{er} janvier 1967 a été substituée à celle du 1^{er} janvier 1964 par le règlement du Conseil du 5 novembre 1963 (*J. O.* 2696/63).

procédure, mis fin à leur activité ou qu'elles l'aient modifiée dans une mesure telle qu'elles puissent obtenir l'application de l'article 85-3°.

Le régime de faveur apparaît donc comme une véritable contrepartie de la bonne volonté des membres de l'entente. Il est en particulier inapplicable aux ententes du type A qui n'auraient pas été notifiées avant la date qui leur est impartie (V. *Addendum*).

TITRE II

L'APPLICATION DE LA POLITIQUE CHOISIE

308. — Les organes de contrôle étant mis en place, la procédure étant fixée, il reste à savoir selon quels critères sera effectué le partage entre les ententes nocives et les ententes utiles. La nécessité de ce partage n'est plus à prouver. Elle est admise depuis longtemps. Les législations qui édictaient des interdictions ou des absolutions systématiques ont vu leur application assouplie sous les efforts de la jurisprudence. Ainsi, en France, les cours d'appel ont-elles refusé d'appliquer à la lettre l'ancien article 419 du Code pénal et ont donné naissance à un courant jurisprudentiel dont il est peu d'autres exemples dans notre droit pénal. Ainsi, aux Etats-Unis, les termes impératifs du Sherman Act ont-ils été assouplis par le jeu de la « Rule of Reason » que les juridictions fédérales trouvaient dans la Common Law. Aujourd'hui, toutes les législations anti-trust reconnaissent formellement le principe d'un partage entre ententes condamnables et ententes admissibles.

Mais alors, d'après quels critères le partage doit-il être réalisé ? Ici encore, les enseignements de l'économie politique ne peuvent être ignorés. Les circonstances de fait qui donnent à une entente son véritable visage sont complexes. Elles sont pour partie interne à l'entente, et dans le cas d'une entente juridiquement formée, elles apparaissent dans les clauses de l'accord ; elles sont pour partie externes et dépendent des circonstances économiques qui caractérisent le secteur de l'activité en cause à un moment donné.

Il est donc pratiquement impossible, dans la plupart des cas tout au moins, de procéder à une distinction *a priori* des pratiques nuisibles et des pratiques admissibles, en se référant à leur seul objet. Ainsi, une même clause, une clause de spécialisation ou de partage de débouchés par exemple, peut être nocive ou utile selon les cas.

Cette observation est de la plus haute importance. Elle conduit à écarter tout critère trop rigoureux et à donner plutôt au juge une

ligne de conduite assez générale (1). Et surtout, elle conduit à rechercher les critères du partage en dehors de l'objet des clauses de l'entente. On conçoit, dans ces conditions, qu'il soit difficile de présenter un tableau systématique des ententes admissibles et des ententes condamnables. On doit surtout rechercher par quelles méthodes les organes de contrôle les apprécient.

309. — Il existe deux méthodes d'appréciation qui s'opposent radicalement. On peut d'abord prendre en considération le *but* que visent les membres de l'entente. On admettra comme utiles les ententes dont le seul but est la légitime défense des intérêts professionnels des adhérents. On condamnera comme nocives celles qui ont pour but la réalisation d'un bénéfice anormal. C'est dans cette notion du but que la doctrine et la jurisprudence, puis le législateur lui-même, se sont d'abord efforcés, en droit français, de trouver le critère de partage des ententes. Cette démarche traditionnelle ne peut être ignorée, car elle commande encore l'interprétation de l'article 419 du Code pénal et du principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

Les législations modernes ont résolument abandonné le critère du but. Pour elles, la valeur d'une entente ne dépend pas des mobiles qui ont animé ses fondateurs. Phénomène de l'ordre économique, elle doit être appréciée au regard du système de valeurs de l'économie, et c'est dans ses effets — suivant que ceux-ci participent au progrès économique ou qu'ils l'entravent — qu'il faut rechercher un critère d'appréciation. La méthode adoptée par ces législations est en réalité double. Elle consiste à condamner d'une manière absolue un certain nombre d'ententes déterminées avec précision, à raison de leur objet. On peut dire en effet, qu'à l'égard de certaines ententes, le législateur français et les rédacteurs des Traités ont posé une présomption irréfragable de nocivité. Mais le nombre de ces ententes reste forcément restreint. Ce sont alors les effets de l'entente qu'il faut prendre en considération. Ainsi, une entente de spécialisation ne sera jamais jugée nocive ou utile en elle-même, sa valeur dépendra de ses effets, tels qu'ils apparaissent à la faveur de chaque cas particulier. Les arti-

(1) Cette tendance est manifeste, même dans les cas où le législateur s'efforce d'être le plus précis possible. Ainsi, la loi allemande pose une interdiction générale et de nombreuses exceptions, très détaillées. Mais, en outre, des clauses générales permettent à l'organe de contrôle de passer outre à l'autorisation, bien que tous les éléments constitutifs d'une exception soient réalisés. V., par ex., parag. 12 GWB.

I. — Dans le cas d'accords et de décisions entrant dans les catégories visées aux art. 2, 3, 5, alinéas 1 et 4, et à l'art. 6, alinéa 1, l'autorité de Cartel doit prendre les mesures prévues à l'article 29.

1° Pour autant que les accords ou décisions ou leur mode d'application représentent une exploitation abusive de la position dominante obtenue sur le marché grâce à l'exemption visée à l'article 1...

II. — L'autorité de cartel peut, dans les circonstances prévues à l'art. 1 :

1° Intimer aux entreprises en cause de mettre fin à l'abus constaté;

2° Intimer aux entreprises en cause de modifier les accords ou décisions incriminées;

3° Déclarer comme nuls les accords et décisions en cause.

cles 59 *bis* et 59 *ter* de l'ordonnance 45-1483, l'article 65 CECA et l'article 85 CEE indiquent en termes très généraux les effets qu'il convient de tenir pour favorables et ceux qu'il convient de tenir pour défavorables au progrès économique.

Qu'il s'agisse du contrôle traditionnel par le but ou du contrôle moderne par les effets, la latitude d'appréciation qui est laissée à l'organe de contrôle est considérable. En fait, la jurisprudence a peu à peu précisé les critères légaux. C'est ce travail jurisprudentiel qu'il conviendra essentiellement de mettre en lumière.

On envisagera donc dans deux chapitres distincts :

- La méthode traditionnelle d'appréciation des ententes;
- Les méthodes modernes d'appréciation des ententes.

CHAPITRE I

LA METHODE TRADITIONNELLE D'APPRECIATION DES ENTENTES

310. — Cette méthode est le fruit d'une évolution. Appliqué d'abord dans l'esprit du droit pénal classique, l'article 419 du Code pénal a fait peu à peu en jurisprudence l'objet d'une application nuancée. De son côté, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie a été utilisé sur le plan du droit privé comme l'instrument d'un contrôle souple des ententes. C'est en recherchant le but que visaient les membres d'une entente, que les tribunaux ont pu assouplir l'application de l'article 419 et du principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

Cette prise en considération du but des entreprises fut magistralement, et à peu près unanimement, mis en lumière par la doctrine. La loi du 3 décembre 1926 qui modifiait l'article 419, apparut comme la consécration éclatante de ces efforts. Le législateur consacrait comme base de partage le critère tiré du but.

Telles sont les trois étapes de l'évolution qu'il conviendra de rappeler, afin de déterminer comment l'application de l'article 419 et du principe de la liberté du commerce et de l'industrie doit être envisagée aujourd'hui. La première section de ce chapitre sera consacrée à la stricte application du texte pénal, la seconde à la recherche du but de l'entente et la troisième à l'expérience de la loi du 3 décembre 1926.

SECTION I

LA STRICTE APPLICATION DU TEXTE PÉNAL

311. — L'application de l'article 419, tel qu'il était rédigé avant 1926, conduisait à l'interdiction systématique de toute une catégorie d'ententes. Certes, tous les accords conclus entre commerçants et ayant pour objet de limiter la concurrence ne tombaient pas sous le coup de la loi pénale. Il fallait que la coalition unisse les principaux détenteurs d'une même marchandise, que l'accord ait eu pour objet de ne pas vendre ou de ne vendre qu'à un certain prix et, surtout, que l'effet de l'entente, c'est-à-dire une hausse ou une baisse au-dessus ou

au-dessous du prix qu'aurait déterminé la concurrence naturelle et libre du commerce, se soit réalisé en fait. Mais, ces éléments constitutifs une fois constatés par le juge pénal, la condamnation des membres de l'entente devait en être la conséquence inéluctable, sans qu'il soit possible de distinguer là où la loi ne distinguait pas. On ne pouvait, en particulier, faire appel aux *mobiles* des entreprises coalisées pour écarter l'incrimination. Le juge devait relever chez eux l'existence d'une intention délictueuse, c'est-à-dire la volonté de voir se réaliser les effets prévus par le texte pénal, mais celle-ci ne se confondait pas, évidemment, avec les mobiles des coalisés.

Ainsi, les principes de notre droit pénal conduisaient à condamner une entente dès lors qu'étaient constatés certains de ses éléments objectifs et l'intention délictueuse de ses membres. Parmi les ententes que visait l'article 419, il n'y avait pas lieu d'introduire une distinction entre les ententes nocives et les ententes utiles.

312. — C'est dans ce sens que n'avait jamais cessé de statuer la Chambre criminelle de la Cour de cassation. Jusqu'en 1926, et contrairement à ce que l'on a pu dire, sa position s'était affirmée avec une constante fermeté.

Le 31 août 1838, dans l'affaire des fabricants de soude, la Chambre criminelle rejetait le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'Aix. Le pourvoi prenait pour motif que la coalition avait seulement eu pour objet de faire face à une concurrence ruineuse. Selon la haute juridiction (1),

« ... la nécessité où se seraient trouvés les demandeurs de défendre leur industrie de la ruine dont elle était menacée, n'avait pu les autoriser à recourir à des moyens qualifiés délits par la loi... »

La même solution est expressément reprise par l'arrêt du 16 mai 1845 (2), puis par celui du 14 décembre 1916 (3). Aux termes de ce dernier,

« Il est nécessaire, mais il suffit que la réunion ou la coalition formée entre les principaux détenteurs d'une marchandise ait eu pour objet et pour résultat de ne vendre cette marchandise qu'à un certain prix. »

La même solution se retrouve encore dans l'arrêt du 3 juin 1923 (4).

(1) Cass. crim. 31 août 1838 : *S.* 1838, 1, 987.

(2) Cass. crim. 16 mai 1845 : *D.P.* 1845, 1, 289; *S.* 1845, 1, 434. La Cour refusait d'admettre l'argumentation qu'avait développée RAVEZ dans sa consultation (*D.P.* 1845, 1, 289). Ce dernier écrivait : « Lorsqu'il n'est pas question de faire opérer frauduleusement la hausse ou la baisse, mais de ramener à l'état normal les conditions des opérations ou le prix des marchandises frappées d'avisement, l'art. 419 est inapplicable... Ce serait punir ceux qui s'efforcent de ramener cette concurrence naturelle et libre qu'a voulu protéger le législateur. »

(3) Cass. crim. 14 déc. 1916 : *S.* 1917, 1, 65, note ROUX.

(4) Cass. crim. 3 juin 1923 : *S.* 1923, 1, 329, note ROUX; *D.P.* 1923, 1, 129, note LELOIR; *G.P.* 1923, 2, 39.

Le 7 mars 1925 enfin, à la veille de la modification de l'article 419, la Chambre criminelle cassant l'arrêt d'une cour d'appel, affirme que,

« Ayant constaté une réunion des principaux détenteurs en vue de ne pas vendre, les juges devaient rechercher si les prix pratiqués avaient eu pour résultat d'opérer la hausse ou la baisse du prix du carbure... leur constatation à cet égard eût été souveraine » (5).

On ne peut que constater la grande fermeté de la solution maintenue par la Chambre criminelle sous l'empire de l'article 419 ancien. La position est exempte d'équivoque : l'application du texte, au pénal, n'offrait nulle prise à une distinction entre les bonnes et les mauvaises ententes. Dès lors qu'étaient réunis les éléments constitutifs de l'infraction prévus par la loi, et eux seuls, le juge devait condamner.

A cette solution catégorique, s'opposaient les résistances de certaines juridictions pénales inférieures, de la jurisprudence civile et de la doctrine.

SECTION II

LA RECHERCHE DU BUT DE L'ENTENTE

313. — Il apparut dès la seconde moitié du XIX^e siècle que la condamnation systématique de toute une catégorie d'ententes, définies par leurs caractères objectifs, était difficilement praticable. La nécessité d'admettre certaines ententes, de distinguer les « bons » des « mauvais trusts » comme l'on disait alors, s'imposa avec force. Si, comme l'affirmait la Chambre criminelle, l'application de la loi pénale ne pouvait souffrir aucun assouplissement, les techniques du droit privé, en revanche, se pliaient assez bien à un traitement nuancé des ententes. De fait, la distinction entre les « bonnes » et les « mauvaises » ententes reçut un accueil favorable de la part de la jurisprudence civile. La doctrine développa la théorie et tenta, suivie du reste par quelques cours d'appel, de l'étendre à l'application pénale de l'article 419.

§ 1. — *Les conquêtes de la jurisprudence civile*

314. — En droit civil, la validité des ententes recevait une double limite tirée de la théorie de la cause. La nullité d'une entente pouvait être prononcée en raison de sa cause illicite, lorsqu'elle tendait à la commission du délit réprimé par l'article 419. A supposer même que la cause de l'entente ne soit pas illicite au regard de l'article 419, elle pouvait encore être jugée contraire à l'ordre public comme violant le principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

(5) Cass. crim. 7 mars 1925 : S. 1925, 1, 282, note Roux. La haute juridiction repoussait la thèse admise par la Cour d'appel. « Les commerçants mis en cause — avait décidé cette dernière — se sont bornés, en dehors de toute idée de spéculation pour fausser les cours, à défendre leur industrie qu'ils sentaient gravement compromise... »

Or, pour admettre ou rejeter l'une ou l'autre de ces causes de nullité, le juge civil jouissait d'une latitude d'appréciation considérable, puisqu'il puisait les éléments de sa décision en dehors des seuls éléments objectifs du délit de coalition. La demande en nullité était fondée sur les articles 1131 et 1133 du Code civil et le tribunal saisi devait rechercher le but qu'avaient voulu atteindre les membres de l'entente au moment de sa conclusion.

A. — La nullité par application de l'article 419 du Code pénal

315. — Les membres de l'entente pouvaient avoir eu en vue une entente interdite par l'article 419. Leur accord devait être frappé de nullité. Mais alors, les cas de nullité ne se confondaient pas obligatoirement avec les cas de commission du délit. Il n'était pas nécessaire que le délit fût réalisé pour que la nullité soit encourue; l'effet de hausse ou de baisse n'avait pas à être constaté en fait; il suffisait qu'il fût projeté. La tentative, non punissable, emportait la nullité du contrat (6). Le juge n'avait plus à constater un fait tangible, la hausse ou la baisse des prix, mais à rechercher si l'entente devait, dans l'esprit de ses membres, aboutir au résultat prohibé par l'article 419. La différence, sensible, conduisait à apprécier l'entente selon le *but* visé. L'entente qui avait pour but la réalisation de profits injustifiés par une hausse ou une baisse des prix était illicite. L'entente qui avait au contraire pour seul but l'organisation légitime de la profession avait une cause licite. Ainsi était introduite, dans la jurisprudence civile, la distinction entre les ententes nocives et utiles.

316. — Le 14 avril 1891, la Cour de Paris refusait de conclure à la nullité d'une entente, au motif que les membres s'étaient concertés

« ...au sujet de la fixation de l'importance de leurs produits en vue d'en assurer l'écoulement et principalement l'exportation, et de la défense de leurs intérêts communs, afin de lutter sans désavantage avec la concurrence des nombreux marchands tant de la France que de l'étranger... » (7).

Or, il s'agissait en fait d'une entente réunissant plus des deux tiers des producteurs de phosphates d'une même région au sein d'un comptoir de vente qui fixait régulièrement les prix, en même temps que des contingents de production. Il était évident que cette coalition réunissant « les principaux détenteurs d'une même marchandise et tendant à ne la vendre qu'à un certain prix » aurait pu opérer une hausse des prix au-dessus de ceux « qu'aurait déterminés la concurrence naturelle et libre du commerce ». En vérité, c'est en recherchant quelle avait été l'intention exacte des membres de l'entente que la Cour de Paris avait pu sauver cette dernière de la nullité.

(6) Dans ce sens, L. MAZEAUD, *Le régime juridique des ententes...* précit., p. 215.

(7) *D.P.* 1893, 2, 69.

Le 1^{er} mai 1894, la Cour de Grenoble estime que

« Les parties ont eu pour but non de surélever les cours de leurs produits en leur attribuant une hausse factice, mais d'empêcher leur avilissement en atténuant les ardeurs et les effets de la concurrence locale » (8).

La formule est dès lors reçue en jurisprudence. On la retrouve dans les motifs d'un arrêt de la Cour de Bordeaux du 2 janvier 1900 (9). C'est encore le but de l'entente que recherche la Cour de Paris dans ses arrêts du 14 janvier et du 23 juillet 1902 (10) et du 16 avril 1910 (11), puis la Cour d'Aix dans son arrêt du 15 juin 1912 (12).

La distinction entre les ententes susceptibles de nullité par application de l'article 419 fut enfin consacrée par la Cour de cassation elle-même. Dans son arrêt du 3 mai 1911, la Chambre des requêtes estime que ne constitue pas une violation de l'article 419 du Code pénal le fait de se grouper « *pour obtenir l'unification des prix de fabrication afin d'en empêcher l'avilissement* » (13). Statuant le 26 octobre 1921, toujours à l'occasion d'une entente de fixation de prix et de conditions de vente, la Chambre civile décidait que

« N'est pas contraire à la loi, l'entente dont l'objet est, non de déterminer une hausse factice des prix, mais de faire cesser l'avilissement que leur a fait subir la concurrence locale » (14).

B. — La nullité par application du principe de la liberté du commerce et de l'industrie

317. — Licite au regard de l'article 419 du Code pénal, l'entente pouvait encore être jugée contraire au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Les deux cas de nullité ne se confondaient pas, car le second n'était pas soumis aux conditions posées par le texte pénal. Une entente qui ne réunissait pas les principaux détenteurs d'une même marchandise ou qui ne comportait pas la stipulation de ne vendre qu'à un certain prix ou qui ne devait pas entraîner un effet sur les prix échappait manifestement à l'article 419; elle n'en était pas moins susceptible de porter atteinte au principe de la liberté du commerce (15). Cependant, l'aspect extrêmement général du principe offrait au juge une grande latitude de décision. Là encore, la distinc-

(8) D.P. 1895, 2, 221.

(9) S. 1901, 2, 225, note LÉVY-ULLMANN; D.P. 1901, 2, 150.

(10) D.P. 1903, 2, 297, note PERCEROU; G.P. 1902, 2, 470.

(11) D.P. 1913, 5, 2.

(12) G.P. 1912, 2, 106.

(13) Cass. req. 3 mai 1911 : D.P. 1912, 1, 33, note PERCEROU, rapport JAFFART; S. 1911, 1, 549.

(14) Cass. civ. 26 oct. 1921 : D.P. 1925, 1, 120; G.P. 1921, 2, 533.

(15) V. en part., Paris 18 déc. 1890 : G.P. 1890, 2, 716; — Nancy 15 déc. 1874 : D.P. 1875, 5, 172; S. 1875, 2, 288.

tion entre les ententes nocives et utiles trouvait un champ favorable à son développement. Là encore, le critère de distinction devait être recherché dans le *but* visé par les membres de l'entente. Cette dernière servait-elle le souci d'organisation de la profession, elle consistait pour les adhérents à restreindre volontairement leur liberté. Elle était licite. L'entente avait-elle été conçue au contraire comme un moyen de pression à l'encontre des entreprises tierces ou des consommateurs, alors elle limitait indûment la liberté d'autrui. Elle devait être annulée. Mais cette distinction n'avait été possible qu'à la suite d'une certaine conception que la jurisprudence s'était faite du principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

On aurait pu être tenté, au début du XIX^e siècle, d'interpréter le principe de la liberté du commerce comme la garantie d'un idéal de concurrence parfaite. Le principe aurait alors revêtu deux aspects :

— Il aurait, d'une part, assuré la libre entrée de tout citoyen dans une profession commerciale ou industrielle et le libre exercice par lui de cette profession;

— Il aurait, d'autre part, interdit les restrictions apportées par convention à l'exercice d'une profession, l'ordre public nécessitant une stricte indépendance de tous les sujets économiques. Cette façon de concevoir le principe issu de la loi des 2-17 mars 1791 n'est pas totalement étrangère à certaines décisions. On relève dans un ancien arrêt de la Cour royale de Bourges qu'en s'engageant par contrat à livrer leur production à un comptoir unique, des fabricants « ont sensiblement nui à l'ordre public qui exige pour le commerce la plus entière liberté; qu'il ont écarté la concurrence, le seul moyen de mettre aux marchandises leur véritable prix » (16). On relève encore dans un arrêt rendu par la Cour de Douai le 13 mai 1851 que « la concurrence, en tant qu'elle est renfermée dans de sages limites, affecte essentiellement l'intérêt public et que les conventions particulières qui tendent à la restreindre, ou à la supprimer, dans un intérêt privé, sont illicites et contraires à l'ordre public, et qu'aux termes de l'article 1131 du Code civil elles ne peuvent produire aucun effet... » (17).

Ces décisions sont restées isolées. La jurisprudence dans son ensemble a estimé que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne devait pas être entendu d'une manière aussi stricte. Il devait sans doute garantir le libre exercice par tous d'une profession, mais il n'interdisait pas aux commerçants de limiter volontairement par contrat leur indépendance. L'ordre public n'exigeait pas la recherche d'une concurrence parfaite, fondée sur la stricte indépendance de toutes les entreprises.

318. — Cette solution se trouvait très clairement exprimée en jurisprudence dès 1842. Une Cour d'appel avait refusé d'annuler une convention de fixation de prix.

(16) Bourges 11 août 1826, sous Cass. civ. 18 juin 1828 : *S. chr.* 112.

(17) Douai 13 mai 1851 : *S.* 1851, 2, 733.

« Il est possible, disait la Cour, qu'elle soit une entrave pour les contractants, mais il faudrait que ce fût le commerce considéré dans son sens absolu et relativement au droit des tiers qui fût gêné dans sa liberté pour que les tribunaux puissent, dans un intérêt général, l'annuler. »

Saisie sur pourvoi, la Chambre des requêtes devait également déclarer que ladite convention

« Ne nuisait en rien à la liberté du commerce, puisqu'elle n'imposait d'obligations qu'aux contractants... » (18).

C'est la même solution que retient la Cour de Douai le 13 juillet 1900,

« ... les coalitions d'industriels et les syndicats qui ont le droit de défendre leurs intérêts par des mesures générales, font de ce droit un usage illégitime en prenant des dispositions applicables à telle ou telle personne désignée, de façon à lui nuire et à gêner sa liberté... » (19).

La Chambre civile, le 13 janvier 1879, rejetait le pourvoi formé contre un arrêt qui avait annulé une convention portant atteinte à la liberté d'un tiers (20). En même temps, de très nombreux arrêts validaient les conventions dont le seul objet était l'organisation de la profession (21).

La jurisprudence avait seulement posé deux bornes au droit pour les commerçants d'imposer volontairement des restrictions à la concurrence qu'ils pouvaient se faire entre eux.

En premier lieu, la restriction ne devait être ni absolue, ni illimitée. Elle ne pouvait être absolue, en ce sens qu'un commerçant ne pouvait valablement s'engager à ne plus exercer aucune activité professionnelle. Elle ne pouvait être illimitée, en ce sens que la restriction de concurrence devait valoir pour une période ou pour une zone géographique déterminées (22).

En second lieu, la restriction de concurrence ne devait pas procurer aux contractants un monopole absolu ou quasi-absolu. Une maîtrise totale du marché rendait impossible, selon la jurisprudence, la libre entrée des tiers dans la profession et procurait à ses détenteurs le pouvoir d'opérer arbitrairement la hausse des prix, au détriment des consommateurs (23).

(18) Cass. req. 4 janv. 1842 : *S.* 1842, 1, 231.

(19) Douai 13 juill. 1900 : *S.* 1903, 2, 293; *D.P.* 1903, 2, 148.

(20) Cass. civ. 13 janv. 1879 : *D.P.* 1879, 1, 78; *S.* 1879, 1, 198.

(21) Cass. req. 17 janv. 1898 : *S.* 1901, 1, 130; — Lyon 8 juill. 1898 et Cass. civ. 1^{er} août 1900 : *S.* 1901, 1, 134; — Cass. civ. 15 juin 1914 : *D.P.* 1916, 1, 88.

(22) Cass. civ. 25 mai 1869 : *S.* 1869, 1, 307; Cass. req. 31 mars 1884 : *D.P.* 1884, 1, 366; — Cass. req. 17 janv. 1898, précit.; — Cass. civ. 1^{er} août 1900, précit.; — Cass. civ. 15 janv. 1914, précit.

(23) Nancy 15 déc. 1874 : *D.P.* 1875, 5, 272; — *S.* 1875, 2, 288; — Grenoble 1^{er} mai 1894 : *D.P.* 1895, 2, 221; *S.* 1894, 2, 277; — Bordeaux 2 janv. 1900 : *S.* 1901, 2, 225, note LÉVY-ULLMANN; *D.P.* 1901, 2, 150; — Aix 15 juin 1912 : *G.P.* 1912, 2, 106; — Paris 16 avril 1910 : *D.P.* 1913, 5, 2; — Cass. req. 3 mai 1911 : *D.P.* 1912, 1, 33, note PERCEROU; *S.* 1911, 1, 549; — Cass. civ. 26 oct. 1921 : *D.P.* 1925, 1, 120; *G.P.* 1921, 2, 533.

La seconde de ces deux limites ne faisait que confirmer l'attitude de la jurisprudence en face du principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Pour annuler une entente par application de ce principe, il fallait avant tout rechercher le *but* qu'avaient visé les adhérents. Était licite le but d'organisation des activités professionnelles; était en revanche illicite le but de porter atteinte aux tiers ou aux consommateurs.

319. — Ce rappel de la jurisprudence antérieure à 1926 montre comment il avait été possible de faire échapper toute une catégorie d'ententes à la nullité qui les menaçait. L'application systématique des textes était écartée au profit d'une application souple qui reposait sur la recherche, dans chaque cas particulier, des buts véritables qu'avaient voulu atteindre les intéressés. Ainsi était introduite dans le droit positif une distinction entre deux catégories d'ententes, que ne prévoyaient pas les termes de la loi.

La doctrine s'était efforcée de systématiser la distinction. Sur quel critère la fonder ? On était bien d'accord pour estimer que le critère était à rechercher dans le but, mais encore fallait-il déterminer concrètement quels buts devaient entraîner la nullité de l'entente et quels buts devaient justifier sa validité.

§ 2. — *L'œuvre de la doctrine*

320. — La doctrine fut unanime à admettre la distinction entre les « bonnes » et les « mauvaises » ententes. « Le bon trust, c'est le syndicat défensif, sans nulle tendance à l'accaparement », écrivait LÉVY-ULLMANN (24) qui poursuivait, « Mauvais trust, au contraire, le trust offensif, celui qui supprime la concurrence pour déterminer une hausse fictive à son gré, à son heure, et régner en maître sur le domaine des transactions ».

Mais comment mettre cette distinction en accord avec le contenu du droit positif ? La solution fut d'abord recherchée dans la *forme* de l'entente. La loi du 21 mars 1884, disait-on, en autorisant la constitution de syndicats, avait eu pour effet de limiter le champ d'application de l'article 419. Celui-ci ne devait plus frapper les ententes conclues sous forme de syndicats professionnels. Les ententes défensives échappaient à l'interdiction. Mais la jurisprudence n'avait jamais admis une telle interprétation. La Cour de Paris avait décidé expressément que l'exercice du droit conféré par la loi de 1884,

« ne saurait avoir pour effet de rendre légitime la violation des principes édictés par l'art. 419 C. pén. qui n'a pas cessé d'être en vigueur » (25).

(24) Note sous Bordeaux 2 janv. 1900, précit.

(25) Paris 28 fév. 1888 : *D.P.* 1893, 2, 69; *S.* 1889, 2, 49; — Lyon 21 avril 1896 : *S.* 1896, 2, 164. — V. L. MAZEAUD, *Le régime juridique des ententes*.. précit., p. 86 et s.

Une solution plus nuancée fut avancée par GARRAUD (26) puis par PERCEROU (27). Elle fut admirablement développée par le Professeur AMIAUD (28). « S'il faut reconnaître, écrivait ce dernier, qu'une coalition entre les principaux détenteurs d'une même marchandise peut rester délictueuse même si elle se présente sous la forme d'un syndicat, l'on doit admettre en même temps, à notre sens, que quand cette coalition se donnera véritablement pour objet la seule défense nécessaire des intérêts économiques, industriels ou commerciaux de ses membres, elle pourra, même si elle a pris comme moyen d'action la fixation en commun d'un prix de vente et qu'elle ait abouti ainsi à une hausse ou à une baisse du prix des marchandises soumises à son action, échapper en certains cas aux pénalités de l'article 419 » (29). Cette limitation du champ de l'article 419, dictée, selon l'auteur, par la loi de 1884, s'analysait en une reconnaissance de la validité, non pas de toutes les ententes conclues sous forme de syndicats, mais de celles dont le but était l'organisation légitime de la défense professionnelle. Ainsi était posé le principe d'une distinction entre les ententes, fondée sur le but visé par leurs membres.

321. — Dans une importante note sous l'arrêt du 3 mai 1911 (30), PERCEROU devait reprendre ce critère du but, mais en lui assignant un contenu tout autre. L'auteur posait en termes frappants le principe d'une distinction fondée sur la recherche du but de l'entente. « Tout ce qu'il est possible de dire, c'est que, pour savoir si une entente, quelle que soit d'ailleurs sa dénomination (entente, syndicat, kartell, trust) ou la forme juridique extérieure (simple accord, association, syndicat, société) est ou non illégale, il faut s'attacher à son but véritable ». Mais le but à prendre en considération était non, comme l'avait soutenu le Professeur AMIAUD, l'organisation de la défense professionnelle, mais l'action sur les prix et les possibilités de bénéfices qui en découlent. « Si ce but, écrit PERCEROU, est de lutter contre la concurrence étrangère, de ne pas surélever les prix mais d'empêcher leur avilissement en atténuant les effets de la concurrence... l'entente sera licite. Si, au contraire, le but est en fin de compte de parvenir à une hausse, de façon à réaliser des gains exorbitants, alors l'entente est illicite... ».

L'idée devait être reprise et exposée magistralement par le Professeur L. MAZEAUD dans plusieurs de ses ouvrages (31). Selon l'auteur, le seul critère utilisable pour reconnaître « les bonnes des mauvaises unions », était celui du bénéfice. « Si, écrivait-il, les producteurs avant leur union à la hausse ne réalisaient que des pertes et si depuis leur

(26) *Cours de droit pénal*, 2^e éd., T. VI, p. 130.

(27) Note sous Paris 14 janv. 1902, précit.

(28) *Les nouvelles formes d'ententes...* précit.

(29) *Ibid.*, p. 158.

(30) *D.P.* 1912, 1, 33.

(31) L. MAZEAUD, *Le problème des unions de producteurs...* précit.; *Le délit d'altération des prix...* précit.; *Le régime juridique des ententes...* précit.

union ils parviennent à un bénéfice normal, il est certain que leur entente constitue une bonne union... Si les producteurs au contraire avant leur union à la hausse réalisaient un bénéfice normal, et si depuis leur union ils parviennent à des bénéfices excessifs, exagérés, anormaux, il est évident que leur entente constitue une mauvaise union » (32). Le savant auteur appuyait sa démonstration sur la seule interprétation possible de l'article 419 du Code pénal : en stipulant la condamnation des ententes qui opéraient la hausse au-dessus des prix qu'aurait déterminés la concurrence *naturelle et libre* du commerce, le texte visait en réalité les seules ententes qui altéraient les prix résultant d'une concurrence *normale* et libre du commerce. Pour posséder quelque signification et ne point faire double emploi avec le mot *libre*, le mot *naturel* devait être compris comme synonyme de *normal*. La bonne union était celle qui « veut arriver aux prix qu'aurait produits une concurrence normale, ordinaire, moyenne, raisonnable, sans exagération d'un côté ni de l'autre ».

Cette interprétation semblait en accord avec les positions de la jurisprudence civile. Elle allait cependant plus loin et postulait une distinction fondamentale entre les divers types d'ententes, applicable non seulement en droit civil, mais encore en droit pénal.

§ 3. — *Les tentatives pour faire admettre en droit pénal le critère du but*

322. — D'un point de vue doctrinal, il était logiquement inconcevable de restreindre au seul régime civil des ententes l'application du principe d'une distinction entre les ententes nocives et utiles, fondée sur le but. La distinction était fondamentale : elle devait recevoir une application systématique (33).

Malgré les efforts de la doctrine pour démontrer que la jurisprudence pénale avait accueilli le principe d'une distinction fondée sur le but, la Chambre criminelle, nous l'avons vu, ne se laissa jamais fléchir.

Quelques arrêts de juridictions inférieures avaient cependant admis que les peines de l'article 419 n'étaient pas applicables aux membres des bonnes ententes (34). La Cour de Montpellier avait en particulier décidé le 16 juillet 1914 (35) que ne pouvait être considérée comme une coalition punissable au sens de l'article 419, une entente conclue entre plusieurs boulangers « alors que, d'une part, cette entente toute locale ne pouvait avoir aucun effet sur le prix général

(32) *Le problème des unions de producteurs...* précit., p. 246.

(33) Seul GARÇON (*Code pénal annoté*), continuait d'enseigner que le texte pénal devait être appliqué dans toute sa rigueur. La trace de cette opinion se retrouve encore dans l'actuelle édition du Code pénal annoté (1959, art. 419, p. 397, n° 53).

(34) Alger 26 déc. 1907 : *D.P.* 1909, 2, 39; — Trib. corr. Seine 20 mars 1922 : *Gaz. trib.* 7 mai 1922.

(35) *G.P.* Tables 1912-1920, V° Lib. du commerce, n° 208 et 209.

de la marchandise et que, d'autre part, cette entente inspirée dans un but légitime de sauvegarde des intérêts des commerçants réunis n'avait point comporté de manœuvres frauduleuses caractérisées ». Ces décisions étaient restées isolées. L'arrêt de la Chambre criminelle du 17 juin 1922 (36) que l'on évoquait en doctrine n'avait en réalité pas pris parti (37).

La position de la jurisprudence était donc sinon logique, du moins claire. Aucune distinction n'était possible pour nuancer l'application de l'article 419 au pénal. La distinction entre les ententes utiles et néfastes était au contraire largement consacrée par la jurisprudence civile. La position stricte de la Chambre criminelle à l'égard des ententes devait contribuer à l'idée d'une réforme du texte pénal (38).

SECTION III

L'EXPÉRIENCE DE LA LOI DU 3 DÉCEMBRE 1926 MODIFIANT L'ARTICLE 419 DU CODE PÉNAL

323. — Il suffit de se référer aux travaux préparatoires de la loi du 3 décembre 1926 pour constater que les rédacteurs du nouvel article 419 entendaient faire passer à la fois dans le texte de la loi la solution adoptée par la jurisprudence civile et l'interprétation défendue par une partie de la doctrine. Il fallait introduire dans la nouvelle rédaction de l'article 419 le principe, admis en jurisprudence, d'une distinction entre les bonnes et les mauvaises ententes. Il fallait poser comme critère de cette distinction celui du but, le bénéfice normal ou anormal, visé par les membres de l'entente, tel que l'avait défendu la doctrine (39).

Le texte ancien visait les ententes passées entre les principaux détenteurs d'une même marchandise, tendant à ne la pas vendre ou à ne la vendre qu'à un certain prix, qui opéraient une hausse ou une baisse au-dessus ou au-dessous des prix qu'auraient déterminés la libre

(36) *D.P.* 1924, 1, 179 (2^e espèce); *G.P.* 1922, 2, 433 (1^{re} espèce).

(37) La Chambre criminelle faisait allusion au principe d'une distinction entre ententes nocives et utiles, mais pour l'écarter comme inutile en l'espèce.

« Il est inutile, dit la Cour, de rechercher si, comme le déclare l'arrêt attaqué, aucune distinction ne saurait être faite entre les commerçants qui forment une coalition pour défendre leur industrie de la ruine dont elle serait menacée, et ceux qui se coalisent pour réaliser un gain exagéré, car il suffit de constater que, contrairement à l'allégation du pourvoi, aucune des constatations des juges du fond ne permet de placer les demandeurs dans la première catégorie... »

(38) En réalité, l'opposition n'était peut-être pas aussi paradoxale qu'il paraissait. L'application de l'art. 419 au pénal nécessitait la constatation d'une hausse ou d'une baisse effective, réalisée. Au civil, au contraire, ni l'application de l'art. 419, ni celle du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, ne nécessitait cette condition, puisque les art. 1131 et 1133 C. civ. imposaient la recherche d'une action projetée, mais non forcément réalisée. On comprend que les juges civils aient hésité dans bien des cas à prononcer la nullité d'un accord, alors que les membres de l'entente n'étaient pas coupables au regard de la loi pénale.

(39) V. en part., Chambre des députés : *J. O.*, Débats 14 mars 1924, p. 1264.

et naturelle concurrence. Le texte nouveau vise les ententes qui, par une action sur le marché dans le but de se procurer un gain qui ne serait pas le résultat du jeu naturel de l'offre et de la demande, auront opéré ou tenté d'opérer la hausse ou la baisse artificielle du prix des marchandises. Le but de se procurer un gain qui ne serait pas le résultat du jeu naturel de l'offre et de la demande, tel est le critère applicable. On ne peut que remarquer la mauvaise rédaction du texte. Que faut-il entendre par *jeu naturel de l'offre et de la demande*? Toutes les interprétations sont possibles, selon l'idée que l'on se fait de ce prétendu jeu naturel. Est-ce le jeu de l'offre et de la demande en situation de concurrence parfaite? On doit en conclure que toutes les ententes, sans exception, tendent à l'acquisition de gains artificiels puisque, par définition, elles tendent à organiser les conditions de la concurrence. Est-ce le jeu de l'offre et de la demande en situation de concurrence imparfaite ou monopolistique? On est conduit à une recherche, des plus hasardeuses, du degré de concurrence qui, eu égard à la taille des entreprises et pour ne considérer que ce simple facteur, devrait régner dans la branche considérée. A la vérité, la formulation trahit des conceptions théoriques qui, aujourd'hui, prêtent à sourire.

En réalité, les travaux préparatoires le prouvent abondamment, le législateur a voulu introduire le critère du gain *exagéré* et non celui du gain artificiel pour condamner les ententes néfastes. Les premiers commentateurs de la loi du 3 décembre 1926 ne s'y sont pas trompés. « En punissant ceux qui altèrent les prix dans le but de se procurer un gain qui ne serait pas le résultat du jeu naturel de l'offre et de la demande, écrit le Professeur MAZEAUD, l'article 419 frappe ceux qui altèrent les prix dans l'intention de se procurer des gains exagérés » (40). C'est au cours de la discussion parlementaire que la notion de bénéfice artificiel s'est substituée à celle de bénéfice anormal, sans que l'on ait, semble-t-il, entrevu la portée exacte de ce changement d'optique.

Si l'on fait abstraction des autres modifications subies par l'article 419 en 1926, modifications que nous avons déjà eu l'occasion d'analyser à leur place, quelles ont été les conséquences de cette introduction de la référence au but de l'entente, le gain normal ou exagéré?

Une première conséquence s'impose, la nouvelle disposition pénale s'est avérée en fait difficilement utilisable. Sous prétexte de la rendre plus souple, on a renforcé à l'excès le caractère imprécis du texte. La référence aux caractères objectifs de l'entente — réunion entre les principaux détenteurs et engagement de ne pas vendre ou de vendre à un certain prix — ayant été supprimée, son champ d'application devenait extraordinairement large : il suffisait qu'une entente apparût comme une tentative d'action sur les prix en vue de procurer à ses membres un bénéfice anormal pour tomber sous le coup de l'article 419. En menaçant toutes les ententes, on risquait de n'en atteindre aucune. En fait, les juridictions pénales ont répugné à appli-

(40) *Le régime juridique des ententes...* précit., p. 161.

quer un texte dont les éléments d'incrimination étaient aussi vagues. On est frappé par le petit nombre des décisions qui, après 1926, concluent à l'application des peines de l'article 419 (41).

Si l'on examine néanmoins les arrêts rendus en la matière, on s'aperçoit que la réforme n'a pas eu de conséquences réelles sur la jurisprudence civile. Celle-ci est restée fidèle aux positions acquises antérieurement. Seule l'application pénale du texte s'est trouvée affectée par la loi du 3 décembre 1926.

A. — L'application de l'article 419 nouveau par les juridictions civiles

324. — Sur le plan civil, le nouvel article 419 semblait à la fois consacrer et préciser l'apport de la jurisprudence antérieure. Le texte est fondé sur le critère du *but*, celui-là justement que la jurisprudence avait peu à peu imposé. Mais il va plus loin lorsqu'il précise que le but à prendre en considération est celui de parvenir à des gains anormaux, car la jurisprudence n'avait jamais considéré, dans son ensemble, que le critère du bénéfice dût être à lui seul suffisant pour apprécier le caractère nocif ou utile d'une entente. En réalité, si les arrêts antérieurs à 1926 se réfèrent au but de l'entente, ils ne consacrent jamais comme seul utilisable le critère du bénéfice normal ou anormal. Ils s'appuient sur tous les autres motifs qui peuvent inspirer les membres d'une coalition : défense de la profession exposée à une crise grave, organisation d'une branche de la production, amélioration des exportations, élimination d'un concurrent, lutte contre l'avisement des prix, restrictions apportées à l'entrée dans la profession. C'est la doctrine qui avait cru pouvoir ramener ces critères divers à un dénominateur commun, celui du bénéfice. En consacrant cette systématisation, l'article 419 n'allait-il pas avoir pour effet de simplifier la jurisprudence ? L'examen des arrêts postérieurs à 1926 montre qu'il n'en a rien été. Au prix d'une motivation légèrement différente et en tout cas purement formelle, la jurisprudence civile est restée fidèle aux acquisitions anciennes.

Quelle était la position traditionnelle de la jurisprudence civile ? Les motifs des arrêts antérieurs à 1926 sont si divers qu'il est bien difficile, pensons-nous, d'en tirer un enseignement sûr. Il faut plutôt se tourner vers les dispositifs des arrêts et essayer de discerner dans quelles circonstances de fait les juges ont admis ou repoussé la demande en nullité des accords. Le rapprochement des dispositifs semblables montre que la distinction entre les « bonnes » et les « mauvaises » ententes est restée tributaire d'une certaine conception de la concurrence. Selon cette conception, telle qu'elle a été exposée dans la première partie de cet ouvrage, c'est la liberté des tiers qu'il importe essentiellement de préserver. En fait la nullité a frappé surtout les

(41) Cf. P. REUTER, *A propos des ententes industrielles et commerciales* : *Dr. soc.* 1952, 442.

accords dirigés contre des tiers. Les ententes à tendance monopolistique ont vu leur validité reconnue, sauf dans les cas, assez rares, où elles atteignaient une puissance telle qu'elles pouvaient empêcher l'entrée des tiers dans la profession ou agir sur les prix au détriment des consommateurs. C'était une seule et même idée qui animait l'application, en droit civil, de l'article 419 et du principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

Cette position s'est-elle trouvée remise en question du fait de la loi du 3 décembre 1926 ? Nullement. L'examen des arrêts montre que les juridictions civiles sont restées fidèles à la tendance traditionnelle. La nécessité, toute formelle, dans laquelle elles se trouvaient de relever le but d'un bénéfice anormal, ne constituait pas une entrave véritable. Elles appréciaient souverainement le caractère normal ou anormal du bénéfice envisagé. Encore fallait-il, dira-t-on, que les membres de l'entente aient eu en vue la recherche d'un bénéfice. Mais existe-t-il des opérations commerciales derrière lesquelles on ne puisse déceler, en fin de compte, un but lucratif ? En fait, on doit se rendre à l'évidence : en dépit de sa formulation complexe, l'article 419 nouveau consacre l'abandon pur et simple de l'appréciation des ententes à la sagesse du juge et n'est pour celui-ci d'aucun secours.

Au prix d'une motivation quelque peu différente, les arrêts postérieurs à 1926 ont donc continué d'appliquer la nullité aux ententes dirigées contre des tiers et aux ententes à tendance monopolistique véritablement abusives, c'est-à-dire constitutives d'une puissance quasi absolue (42). Les critères de distinction sont restés les mêmes qu'au-paravant.

B. — L'application de l'article 419 nouveau par les juridictions pénales

325. — Sur le plan pénal, l'apport de la loi du 3 décembre 1926 est sensible. L'introduction dans l'article 419 de la référence au but de l'entente a eu pour conséquence de faire admettre, contrairement à la position ancienne de la Chambre criminelle, la distinction entre les ententes néfastes et utiles. L'article 419 ne s'applique plus à certaines ententes définies par leurs caractères objectifs, il requiert la recherche du bénéfice que les adhérents avaient en vue.

La Cour de cassation a décidé à plusieurs reprises que la constatation du caractère exagéré ou non des bénéfices visés appartenait aux juges du fait. Elle l'a admis le 8 mars 1930 (43) ; elle l'a encore affirmé le 6 novembre 1940 :

(42) Dans le sens de la validité, Paris 8 juin 1935 : *D.P.* 1936, 2, 45, note TCHERNOFF ; — Paris 29 fév. 1936 : *D.H.* 1936, 240 ; — Chambéry 26 mai 1953 : *D.* 1954, 365, note LEAUTÉ.

Dans le sens de la validité, Aix 19 avril 1928 : *D.P.* 1930, 2, 17, note PRC ; — Nîmes 17 janv. 1939 : *D.H.* 1939, som. 3 ; — Trib. civ. Seine 4 avril 1951 : *D.* 1951, 426 ; *J.C.P.* 51, II, 6442, note TOUJAS ; — Poitiers 2 juill. 1954 : *D.* 1954, 771, note J. L.

(43) Cass. crim. 8 mars 1930 : *D.H.* 1930, 301.

« Attendu, dit la Cour, que l'article 419-2° précité laisse aux tribunaux le soin de rechercher, dans chaque cas, si le bénéfice réalisé est normal ou exagéré, que cette question de fait rentre dans le pouvoir d'appréciation des juges du fond... » (44).

Les ententes sont donc soustraites à toute condamnation systématique fondée sur des distinctions *a priori*. Le problème de la condamnation des membres d'une entente se pose dans chaque cas particulier, compte tenu des éléments de fait que le juge apprécie avec toute la latitude que lui laisse un critère aussi vague que celui du bénéfice anormal.

Est-il possible néanmoins de dégager de la jurisprudence une tendance cohérente ? En face de quelles circonstances de fait les tribunaux ont-ils considéré qu'un bénéfice était anormal ou exagéré ? Là encore, il faut faire appel aux dispositifs des arrêts plutôt qu'à leurs motifs, très divers. Le critère utilisé a été celui, tout naturellement, qui depuis longtemps guidait la jurisprudence civile. Depuis 1926, la condamnation pénale a été appliquée à ceux qui par leur entente ont pour but de nuire à des tiers (45) ou d'obtenir une puissance abusive les rendant totalement maîtres des prix (46). Elle ne frappe pas ceux qui n'ont en vue que le groupement de leurs forces pour l'organisation de leur profession (47).

326. — La recherche du but visé par les membres d'une entente conserve donc aujourd'hui toute sa valeur en droit positif. Il est clair cependant que la jurisprudence tend à conférer à ce critère un rôle limité.

1° Le but de se procurer des gains artificiels, c'est-à-dire exagérés ou plus exactement *anormaux*, fait l'objet d'une interprétation restrictive. En réalité, la constatation que les membres d'une entente poursuivent un bénéfice anormal correspond en jurisprudence au fait que l'entente a pour but de nuire à un tiers déterminé ou de préjudicier gravement aux consommateurs par l'emploi abusif de la domination économique qu'elle confère aux entreprises groupées.

— Les peines de l'article 419 du Code pénal sont alors applicables aux membres de cette entente.

— La nullité de l'accord peut être prononcée en raison de sa cause, illicite au regard de l'article 419.

— Une faute constitutive de délit civil peut être reconnue à la charge des membres de l'entente et motiver leur condamnation à réparer le dommage direct et personnel subi par un tiers.

L'interprétation restrictive du critère du gain, que l'on pouvait critiquer avant 1953 pour la trop grande tolérance qu'elle justifiait

(44) Cass. crim. 6 nov. 1940 : *G.P.* 1940, 2, 209.

(45) Cass. crim. 11 juin 1937 : *D.P.* 1938, 1, 33, note PIC; *S.* 1938, 1, 398; *G.P.* 1937, 2, 496; — Lyon 7 mars 1934 : *G.P.* 1934, 1, 862; — Orléans 5 nov. 1943 : *D.A.* 1944, 27; *G.P.* 1943, 2, 235; — Nancy 8 déc. 1960 : *G.P.* 1961, 1, 57.

(46) Cass. crim. 8 mars 1930, précit.; — Cass. crim. 6 nov. 1940, précit.

(47) Comp. Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *La réglementation des ententes : le recul du contrôle judiciaire* : *D.* 1963, Chr. 33.

à l'égard des ententes, mérite aujourd'hui d'être approuvée. Ainsi compris, l'article 419 du Code pénal ne tend pas à se confondre avec les articles 59 *bis* et 59 *ter* de l'ordonnance 45-1483, mais plutôt à les compléter en instituant un régime répressif plus simple et plus rigoureux, sur le plan procédural notamment, destiné aux cas d'ententes les plus graves. Les ententes qui contribuent, en particulier, à léser injustement des entreprises tierces sont justiciables de ce régime.

2° Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie peut encore motiver soit la nullité de l'accord, soit la condamnation des membres de l'entente à des dommages et intérêts, à raison de leur responsabilité civile (V. *Addendum*).

On serait tenté de se demander si le principe ne tend pas à faire double emploi avec l'article 419 du Code pénal. Le recours au principe de la liberté du commerce et de l'industrie présentait un intérêt évident sous l'empire de l'article 419 ancien. Certaines ententes échappaient à la disposition pénale en raison de leurs caractères objectifs, soit parce qu'elles ne réunissaient pas les principaux détenteurs d'une même marchandise, soit parce qu'elles n'avaient pas pour objet de ne pas vendre ou de ne vendre qu'à un certain prix. Sous l'empire de l'article 419 nouveau, ces éléments objectifs ne sont plus nécessaires à l'application du texte pénal. Celui-ci s'applique dès que l'entente a pour objet une action sur le marché, terme si vague qu'il convient à toutes les ententes. Comme, finalement, le critère de partage entre les ententes nocives et utiles est commun à l'article 419 et au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, on peut se demander quel intérêt présente la seconde de ces dispositions. C'est oublier que l'article 419 ne s'applique pas à toutes les ententes, mais à celles-là seulement qui sont susceptibles d'avoir un effet sur les prix. Or il existe manifestement des mesures collectives qui, sans entraîner un effet sur les prix, portent atteinte à la concurrence en lésant des tiers déterminés dans leur indépendance commerciale. Ainsi en va-t-il de certaines mesures syndicales qui tendent à éliminer de la profession une entreprise déterminée.

L'idée trouve du reste sa confirmation en jurisprudence. Lorsqu'il peut être allégué à l'encontre d'une entente un effet sur les prix, les juridictions civiles fondent leurs décisions à la fois sur l'article 419 et sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie (48). Lorsqu'au contraire l'atteinte à la concurrence est exclusive d'un effet quelconque sur les prix, elles font appel pour annuler l'accord ou condamner les adhérents à réparation, à ce dernier principe seulement (49).

(48) V. en part., Aix 19 avril 1928 : *D.P.* 1930, 2, 17, note PIC. — Paris 8 juin 1935 : *D.P.* 1936, 2, 45, note TCHERNOFF; — Paris 29 fév. 1936 : *D.H.* 1936, 240.

(49) Cass. civ. 9 mai 1957 : *D.* 1957, 665, note ESMEIN; *J.C.P.* 1957, II, 10120; — Nîmes 17 janv. 1939 : *D. H.* 1940, som. 3; — Chambéry 26 mai 1953 et Paris 23 juin 1953 : *D.* 1954, 365, note LEAUTÉ; *S.* 1954, 2, 7; *G.P.* 1953, 2, 186; — Poitiers 2 juill. 1954 : *D.* 1954, 771, note J. L.; — Cass. com. 22 mai 1963 : *J.C.P.* 63, IV, éd. G, p. 90.

CHAPITRE II

LES METHODES MODERNES D'APPRECIATION DES ENTENTES

327. — Les régimes institués par l'ordonnance 45-1483, le Traité CECA et le Traité CEE reposent sur le principe d'un partage entre les ententes nocives et utiles. Techniquement, ce partage prend la forme d'une interdiction de principe de toutes les ententes, que vient tempérer un système de dérogations. Quels critères a-t-on retenu pour accorder ces dérogations ? Les insuffisances que présente actuellement le critère du but ont conduit à son abandon.

D'un point de vue théorique, il est évident que notre connaissance des phénomènes économiques n'est pas encore si avancée qu'elle permette d'élaborer, d'une manière scientifique, la théorie du contrôle des ententes propre à se concrétiser totalement dans des règles de droit positif précises. Sans doute, des solutions certaines ont-elles pu être posées dans quelques cas simples et extrêmes. Elles consistent à édicter une *interdiction absolue* de certaines ententes définies avec précision d'après leurs caractères objectifs. Mais il faut admettre que pour la plupart des cas le législateur est dans l'impossibilité de prévoir avec certitude l'enchaînement des phénomènes économiques. Il doit se résoudre à abandonner l'ambition de poser des règles abstraites et impératives. Il doit s'en remettre aux organes de contrôle et les charger de vérifier, dans chaque cas particulier, la possibilité d'admettre une entente. De ce point de vue, les méthodes modernes d'appréciation demeurent dans la ligne des expériences traditionnelles. Ce qui les distingue en revanche de ces dernières, c'est l'abandon total, qu'elles consacrent, du critère du but.

D'un point de vue pratique en effet, la tâche des organes de contrôle s'analyse en une triple opération : — rechercher d'une manière purement objective le rôle exact que joue l'entente au sein de la branche d'activité où elle s'est formée; — porter un jugement de valeur sur ce rôle, eu égard aux principes de politique économique posés par la puissance publique; — déterminer, le cas échéant, les moyens de mettre fin aux conséquences néfastes de l'entente. On conçoit que cette tâche dépasse largement la simple recherche des intentions des adhérents. Le point important est plutôt l'appréciation des résultats auxquels parvient ou peut parvenir l'entente.

Une double tendance marque donc les réglementations modernes. En premier lieu celles-ci édictent un certain nombre d'interdictions absolues, visant quelques ententes parfaitement définissables. En second lieu, ils soumettent toutes les autres à un contrôle fondé sur l'examen des effets qu'elles comportent dans chaque cas particulier. L'interprète doit-il se résigner, dans cette dernière hypothèse, à constater que le contrôle se réduit à un examen cas par cas ? Nous ne le pensons pas. Il doit au contraire s'efforcer de dégager les tendances qui naturellement animent toute jurisprudence. Les leçons que l'on peut tirer des décisions rendues par les organes de contrôle viennent ainsi peu à peu compléter les quelques règles impératives déjà existantes.

On est alors conduit à rechercher successivement quels sont, dans chacun des statuts considérés, les domaines respectifs des interdictions absolues et des interdictions susceptibles de dérogation, puis comment s'appliquent ces dérogations par le critère des effets de l'entente.

SECTION I

LES INTERDICTIONS ABSOLUES

328. — Les trois réglementations ont ceci en commun qu'elles édictent des interdictions particulières, frappant certaines ententes à raison de leurs seuls caractères objectifs. Ces ententes ne sont jamais susceptibles d'être relevées de l'interdiction qui les frappe. C'est en ce sens que dans de tels cas l'interdiction peut être qualifiée d'absolue. L'ordonnance 45-1483, le Traité CECA et le Traité CEE ne connaissent cependant pas les mêmes cas d'interdictions absolues. Il convient dès lors de les examiner séparément.

§ 1. — *La place des interdictions absolues dans l'ordonnance 45-1483*

329. — L'article 59 *bis* de l'ordonnance 45-1483 pose le principe d'une interdiction de toutes les ententes, mais « sous réserve des dispositions de l'article 59 *ter* ». L'article 59 *ter* mentionne deux catégories d'ententes qui, selon le texte, « ne sont pas visées par les dispositions de l'article 59 *bis* ».

L'article 59 *ter* concerne tout d'abord les ententes qui « résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire ». Il s'agit donc des ententes obligatoires, qui peuvent exister dans certains secteurs de l'économie. Le statut des ententes obligatoires s'inscrit dans une tout autre optique que celle de la protection de la concurrence. Elles intéressent des branches de l'économie qui sont soustraites au régime de l'économie de marché. Elles ne sont pas de celles que vise l'article 59 *bis*. En le rappelant, l'article 59 *ter* ne fait que consacrer une évidence (V. *Addendum*).

L'article 59 *ter* mentionne en second lieu les ententes « dont les auteurs seront en mesure de justifier qu'elles ont pour effet d'améliorer et d'étendre les débouchés de la production ou d'assurer le développement du progrès économique par la rationalisation et la spécialisation ». Ces ententes ne sont pas visées par les dispositions de l'article 59 *bis*. Que faut-il entendre par là ? Deux interprétations sont possibles. Ou bien les groupements visés à l'article 59 *ter*-2° sont, par nature, étrangers à ceux que vise l'article 59 *bis*, car ils ne portent atteinte ni à la concurrence ni aux prix. Ils ont pour seul objet des mesures purement techniques. Ce ne sont pas des ententes économiques et l'on comprend qu'ils échappent à l'article 59 *bis*. Ou bien ces mêmes groupements possèdent toutes les caractéristiques des ententes, telles qu'elles sont définies à l'article 59 *bis*, et emportent en outre les effets déterminés à l'article 59 *ter*-2°. Non seulement ils portent atteinte à la concurrence et aux prix, mais encore ils sont susceptibles d'améliorer les débouchés de la production ou de favoriser le progrès économique.

Interprété dans le premier sens, l'article 59 *ter*-2° ne constituerait que le simple rappel d'une évidence. La portée juridique du texte serait nulle, car il n'introduirait aucune exception véritable à l'application de l'article 59 *bis*. Toutes les ententes définies à l'article 59 *bis* seraient interdites d'une manière absolue. Seule la seconde interprétation est admissible, car elle permet d'attribuer au texte un effet véritable. L'article 59 *ter* institue une exception au principe d'interdiction posé par l'article 59 *bis*. Il vise certaines ententes qui répondent à la définition de l'article 59 *bis*, mais qui échappent à la prohibition en raison des effets utiles qu'elles comportent. Il faut donc comprendre la première phrase de l'article 59 *ter* comme signifiant en réalité : « ne sont pas visées par l'interdiction inscrite à l'article 59 *bis*, les actions concertées... ». Cette solution est du reste celle qu'a consacrée expressément la Commission technique des ententes (1).

Il semble donc que toutes les ententes puissent échapper à l'interdiction, dès lors qu'elles revêtent les caractères prévus par l'article 59 *ter*. Le régime est celui d'une distinction de toutes les ententes néfastes et utiles fondée sur l'examen des effets de l'entente. Ces effets sont définis par la loi d'une manière si générale, qu'il semble que la distinction puisse s'appliquer à toutes les ententes, sans exception. Peut-on concevoir dans le système de l'ordonnance 45-1483 l'existence de cas d'interdictions absolues ?

330. — La rédaction des articles 59 *bis* et 59 *ter* est très générale. Le système semble former un tout cohérent et unique. On ne peut cependant isoler la section IV du Livre III des autres dispositions

(1) Rapport pour les années 1954 et 1955 (*Rapports* 1954-59, p. 6) : « Il importe de souligner (au contraire) que le mécanisme du décret du 9 août 1953 veut que, si les conditions posées à l'art. 59 *ter* sont remplies par une entente, les pratiques par lesquelles celle-ci se manifeste cessent d'être prohibées, bien qu'elles soient, par leur nature, de celles que vise l'art. 59 *bis*. »

de l'ordonnance 45-1483. Un autre texte, l'article 37, dont les dispositions sont impératives, doit être combiné avec les articles 59 *bis* et 59 *ter*. Certains phénomènes économiques en effet, sont susceptibles de tomber à la fois sous le coup de l'article 37 et des articles 59 *bis* et 59 *ter*.

L'article 37 concerne certaines pratiques restrictives de concurrence, nettement définies (2).

1° Le refus de satisfaire, dans la mesure de ses disponibilités, et dans les conditions conformes aux usages commerciaux, aux demandes des acheteurs de produits ou aux demandes de prestation de services.

2° La pratique habituelle de conditions discriminatoires de vente ou de majorations discriminatoires de prix.

3° Les contrats d'enchaînement, qui ont pour objet de subordonner la vente d'un produit ou la prestation d'un service à l'achat concomitant d'autres produits, à l'achat d'une certaine quantité ou à la prestation d'un autre service.

4° La fixation des prix ou des marges commerciales à un niveau minimum.

Ces pratiques sont assimilées à celle de prix illicites et, comme telles, constituent des délits. Or il est manifeste qu'elles peuvent être l'objet d'une entente. Que se passe-t-il dans ce cas ? Qu'advient-il, par exemple, si des entreprises décident de s'entendre pour refuser de vendre à certains acheteurs déterminés ? Doit-on considérer que la cause de leur entente est illicite comme tendant à commettre le délit visé à l'article 37 ? Doit-on décider au contraire que, constituant une entente, leur accord relève des seuls articles 59 *bis* et 59 *ter* ? La question est importante, car dans le premier cas l'accord ne peut en aucune manière échapper à la nullité puisque les interdictions édictées par l'article 37 ne sont susceptibles d'aucune dérogation. Dans le second cas, en revanche, l'article 59 *ter* permet d'écarter l'interdiction s'il est justifié que l'entente a pour effet d'assurer le développement économique par la spécialisation.

La réponse n'est pas douteuse. On ne peut concevoir que la seule circonstance qu'une pratique restrictive soit exercée par voie d'entente et non individuellement, puisse justifier l'application d'un régime de faveur. Il faut admettre que les interdictions absolues édictées par l'article 37 viennent limiter le champ d'application de l'article 59 *ter*-2°.

331. — En vain soutiendrait-on que l'article 37 ne vise que les pratiques individuelles, à l'exclusion des pratiques exercées par voie d'entente qui ne relèveraient que des seuls articles 59 *bis* et 59 *ter*. D'abord, aucune disposition de l'article 37 ne justifie une telle affirmation. Ensuite, il existe une disposition de l'article 37 qui vise expressément une pratique exercée par voie d'entente, il s'agit de l'alinéa relatif à la fixation de prix minima. Est assimilé à la pratique

(2) V. Circ. 31 mars 1960 : *B.L.D.* 1960, 262.

de prix illicites, le fait « par toute personne de conférer, maintenir ou imposer un caractère minimum aux prix des produits, des prestations et services ou des marges commerciales, soit au moyen de tarifs ou barèmes, soit *en vertu d'ententes, quelle qu'en soit la nature ou la forme* ». Comment pourrait-on soutenir que le texte ne vise que les contrats dits de revente à prix imposés, et non les ententes de fixation de prix ? Au surplus, nous avons déjà admis que les accords verticaux pouvaient constituer de véritables ententes au sens de l'article 59 bis. Ainsi, loin d'ériger deux systèmes totalement indépendants l'un de l'autre, les articles 37, d'une part, 59 bis et 59 ter, d'autre part, présentent un champ d'application commun. Le conflit ne peut se résoudre qu'en admettant que, dans la mesure où il concerne des pratiques définies à l'article 59 bis, l'article 37 écarte le jeu de l'article 59 ter.

Enfin, cette solution est en harmonie avec l'esprit de la législation. Pourquoi les pratiques visées à l'article 37 sont-elles interdites purement et simplement, sans possibilité de dérogation ? C'est évidemment parce qu'elles sont apparues comme particulièrement dangereuses. Mais c'est aussi parce qu'elles sont aisées à définir d'une manière précise. Dans l'esprit des rédacteurs de l'article 37, aucune hésitation n'était possible : dès lors qu'étaient réalisés tous les éléments constitutifs des pratiques visées, l'interdiction absolue devait s'ensuivre. Il était au contraire impossible d'interdire systématiquement toutes les pratiques visées par l'article 59 bis, dont la portée est extrêmement large. Il fallait en édictant l'article 59 ter, ménager une possibilité de dérogation. On comprend que, s'agissant des pratiques visées à l'article 37 exercées par voie d'entente, l'article 59 ter soit inapplicable : l'interdiction absolue s'impose (V. *Addendum*).

332. — Sont donc interdites absolument :

— Les ententes qui ont pour objet la fixation de prix minima, ou la fixation de marges bénéficiaires minima (3).

(3) Ces ententes sont cependant exceptionnellement susceptibles d'autorisation. Cela ressort des termes de l'article 9-I de la loi du 2 juillet 1963 : « Le Gouvernement pourra, par décrets, réduire le taux de la taxe complémentaire ou supprimer cette taxe en ce qui concerne les bénéfices réalisés au cours des années 1963 et 1964 ou des exercices clos au cours de ces années par les entreprises commerciales dont l'action contribue à la stabilisation des prix. Pour bénéficier de ces mesures, les entreprises devront, dans le cadre d'un accord professionnel, s'engager à pratiquer des prix et des conditions de vente ayant reçu l'accord de l'administration et se prêter à un contrôle permanent de leurs activités. » L'article 9-III prévoit que « les conditions et modalités d'application du présent article seront fixées par un décret en Conseil d'Etat ».

On est tenté de voir dans ces dispositions l'amorce d'un véritable système d'autorisation de certaines ententes de prix, système qui était ignoré jusqu'ici en droit français. Bien plus qu'un système d'autorisation, il s'agit même d'une incitation légale à la formation d'ententes de prix, par la promesse d'une exemption fiscale. Le procédé est original. Il n'a cependant qu'un caractère transitoire, puisque la réduction ou la suppression de la taxe complémentaire ne concerne que les bénéfices réalisés en 1963 et 1964. Si un tel système d'autorisation, qui jusqu'ici a surtout l'allure d'une expérience législative, venait à être reconduit et développé, il ne manquerait pas de bouleverser profondément le système de contrôle des ententes que nous connaissons actuellement en droit interne.

— Les ententes qui imposent à leurs membres l'obligation de refuser la vente ou la prestation de services à certains clients ou certaines catégories de clients, dans les conditions prévues à l'article 37-1°-a de l'ordonnance 45-1483.

— Les ententes qui ont pour objet des mesures discriminatoires relatives aux prix de vente ou aux conditions de vente.

— Les ententes qui imposent à leurs membres la conclusion de contrats d'enchaînement dans les conditions prévues à l'article 37-1°-c.

Saisi d'un cas de ce genre, l'organe de contrôle n'a pas à rechercher si l'entente a pour effet d'améliorer la production ou les débouchés ou à assurer le progrès économique. Il ne peut qu'appliquer l'interdiction pure et simple. On doit cependant formuler deux remarques, qui ont leur importance.

1° L'article 37 est d'interprétation stricte. La liste qu'il donne est limitative et, en dehors des cas cités au texte, l'article 59 *ter* doit retrouver sa pleine efficacité. Pour décider qu'il se trouve en face d'un cas d'interdiction absolue, l'organe de contrôle doit vérifier que tous les éléments constitutifs d'une pratique visée à l'article 37 sont réunis.

2° Les clauses d'une entente sont, le plus souvent, complexes. Il se peut que certaines de ces clauses seulement tombent sous le coup de l'article 37. C'est à celles-là que s'appliquera l'interdiction absolue. Les autres pourront bénéficier de l'application de l'article 59 *ter*. L'entente ne sera donc pas interdite dans son ensemble. Il faudra à cet égard, mais à cet égard seulement, juger chaque clause séparément (4).

L'existence dans notre droit positif d'un certain nombre d'interdictions absolues n'est pas sans rappeler la célèbre jurisprudence américaine des « per se violation ». On sait que dans certains cas, définis objectivement, le juge fédéral a repoussé l'application de la « Rule of Reason » (5). En réalité, la tendance semble propre à toute réglementation des ententes. On la retrouve à propos de l'application des articles 65 CECA et 85 CEE.

§ 2. — La place des interdictions absolues dans le Traité CECA

333. — L'article 65-2° énumère les conditions que doit remplir une entente pour échapper à l'interdiction générale posée par l'article 65-1°. Quelles sont ces conditions ? Elles sont de deux sortes. Il faut

(4) Dans l'affaire *Fabricants de lampes électriques*, la Commission relevait qu'il était prévu à l'art. 9 des statuts de l'entente une clause discriminatoire qui contrevenait à l'art. 37-1°-a de l'ordonnance 45-1483. Dans sa décision, le ministre devait faire savoir aux intéressés que la clause incriminée devait être supprimée : « ... il vous appartient, écrivait-il, de faire supprimer sans plus de délai les dispositions de l'art. 9 dont il s'agit et d'inviter les membres de l'entente à se conformer dorénavant strictement aux prescriptions de l'art. 37 susvisé, qui ne sauraient souffrir d'exception » (*Rapports* 1954-59, p. 22).

(5) Cf. OPPENHEIM, *op. cit.*, p. 89 et s.; — *Report of the Attorney General's National Committee To Study the Antitrust Laws*, précit., p. 12 et s.

d'abord qu'il s'agisse d'un accord de spécialisation, d'achat en commun ou de vente en commun. Il faut ensuite que la Haute Autorité reconnaisse que l'accord contribue à une amélioration notable dans la production ou la distribution des produits visés, qu'il soit essentiel pour obtenir ces effets sans qu'il soit d'un caractère plus restrictif que ne l'exige son objet, qu'il ne soit pas susceptible de donner aux membres de l'entente le pouvoir de déterminer les prix, contrôler ou limiter la production ou les débouchés d'une partie substantielle des produits en cause dans le marché commun; et enfin qu'il ne soit pas susceptible de soustraire les membres de l'entente à une concurrence effective d'autres entreprises dans le marché commun.

Il y a une très nette différence entre les deux catégories de conditions. Alors que la première vise le *contenu des accords*, c'est-à-dire l'objet même des clauses de l'entente, la seconde vise les *effets* de l'entente sur le marché commun. S'agit-il de déterminer si l'on est en face d'une entente de spécialisation, de vente en commun ou d'achat en commun, le simple examen des clauses de l'accord suffit à renseigner le juge. S'agit-il au contraire de déterminer et de juger les effets de l'entente, l'examen des clauses ne suffit plus. Il faut se livrer à une étude des facteurs complexes, internes et externes à l'entente, qui conditionnent ces effets. Il faut déterminer la taille relative des entreprises en cause, le pouvoir économique dont elles disposent, la dimension du marché qu'affecte l'entente, la conjoncture économique générale, etc... La première recherche est une opération intellectuelle simple; la seconde consiste en une étude technique délicate.

334. — Saisie d'une demande d'autorisation, la Haute Autorité va donc déjà déterminer si elle se trouve en présence d'une entente de spécialisation, d'achat ou de vente en commun. C'est seulement dans l'affirmative qu'elle recherchera si les effets de l'entente justifient l'autorisation. Toutes les ententes autres que les ententes de spécialisation, d'achat en commun ou de vente en commun font donc l'objet d'une *interdiction absolue*. Elles ne sont jamais susceptibles d'autorisation, à raison de leurs effets utiles. Ainsi, une entente de partage de bénéfices doit être tenue pour interdite absolument.

Les termes « accord d'achat en commun et accord de vente en commun » sont très clairs et ne nécessitent aucune précision particulière. Ils visent les ententes par lesquelles une personne, soit un membre de l'entente, soit un organisme spécialement créé à cet effet, est chargé d'acheter ou de vendre, en son nom propre ou au nom des adhérents, pour le compte des membres de l'entente. Le terme accord de spécialisation est également exempt d'équivoque. Il s'agit de tout accord qui a pour objet d'assigner à chaque membre de l'entente un champ précis à son activité, selon des critères qualitatifs : qualité ou type de produits ou de services, procédés de fabrication, situation géographique des clients desservis (6). Ainsi, un accord par lequel la

(6) *Contra*, KRAWIELICKI, *op. cit.*, p. 23. Selon cet auteur, l'accord de spécialisation est caractérisé par son but. C'est un accord ayant pour but la rationalisation technique ou commerciale.

production des membres est limitée sur la base des positions acquises antérieurement n'est pas un accord de spécialisation : la limitation imposée est purement quantitative. Il lui manque le critère qualitatif qui est le signe de la spécialisation.

On pourrait cependant penser que la limite entre les ententes interdites d'une manière absolue et celles qui sont susceptibles d'autorisation à raison de leurs effets n'est pas aussi claire qu'il apparaît à première vue. L'article 65-2°, 2° alinéa, dispose en effet que « Si la Haute Autorité reconnaît que certains accords sont strictement analogues, quant à leur nature et à leurs effets, aux accords cités ci-dessus, compte tenu notamment de l'application du présent paragraphe aux entreprises de distribution, elle les autorise également lorsqu'elle reconnaît qu'ils satisfont aux mêmes conditions ».

En réalité, cette disposition est d'une portée limitée. Il faut que les accords en question soient *strictement analogues*, quant à leur *nature* et à leurs *effets*. Nous retrouvons ici la distinction entre la nature de l'entente qu'expriment les clauses de l'accord, et les effets de l'entente. La possibilité d'autorisation s'étend donc aux seuls accords dont les clauses sont strictement analogues à des clauses de spécialisation, d'achat ou de vente en commun. Le texte signifie simplement que l'on ne peut s'en tenir aux termes utilisés par les parties pour qualifier leur accord, mais qu'il faut rechercher la qualification exacte de celui-ci d'après le seul contenu des clauses. Il se peut, par exemple, qu'un ensemble de contrats d'exclusivité soit strictement analogue, par sa nature, à un accord de spécialisation, bien que le terme « accord de spécialisation » ne figure jamais dans la rédaction des contrats. On ne saurait admettre une interprétation plus large (7).

Le Traité se montre donc particulièrement sévère à l'égard des ententes, et l'on conçoit que des tentatives aient été faites pour assouplir les règles matérielles de partage qu'édicte l'article 65 (8). La même sévérité se retrouve-t-elle dans le Traité CEE ? Il ne le semble pas.

(7) Dans ce sens, JERUSALEM, *op. cit.*, p. 152.

(8) C'est ainsi que, en conformité de l'art. 95 CECA, la Haute Autorité et le Conseil spécial des ministres ont soumis à l'avis de la Cour de Justice, le 20 juillet 1961, un projet de modification de l'art. 65. La Haute Autorité et le Conseil faisaient état de leur souci d'apporter aux dispositions du Traité des modifications qui permettent aux entreprises de s'adapter à la nouvelle situation du marché du charbon. La demande d'avis faisait valoir, en particulier, « l'évolution intervenue ces dernières années sur le marché des combustibles solides » et la « concurrence croissante tant des produits de substitution que du charbon importé ».

La modification prévue consistait essentiellement à ajouter à l'art. 65-2° les dispositions suivantes :

« En cas de changement fondamental et persistant des conditions d'écoulement dans les industries du charbon et de l'acier, la Haute Autorité peut en outre accorder les autorisations suivantes :

a) Elle peut autoriser des accords concernant l'adaptation aux nouvelles conditions d'écoulement si elle reconnaît :

— que ces accords sont de nature à réaliser des objectifs d'adaptation qu'elle reconnaît appropriés, et

§ 3. — *La place des interdictions absolues dans le Traité CEE*

335. — L'article 85-1° stipule l'interdiction des ententes qu'il définit et leur incompatibilité avec le marché commun. Cependant, selon l'article 85-3°, les dispositions du paragraphe 1° peuvent être déclarées inapplicables à certaines ententes ou catégories d'ententes. Pour cela, il faut que la Commission, dont l'article 9 du Règlement n° 17 reconnaît la compétence exclusive en cette matière, reconnaisse :

— que l'entente contribue à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique et économique;

— qu'elle réserve aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte;

— qu'elle n'impose pas aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs;

— qu'elle ne donne pas, enfin, à ces entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

— que ces accords sont essentiels pour atteindre ces objectifs sans qu'ils soient d'un caractère plus restrictif que ne l'exige leur objet.

b) Elle peut, pour l'autorisation d'accords relatifs à un achat ou une vente en commun, faire abstraction, en tout ou en partie, des conditions énoncées à l'alinéa 1, littéra c; toutefois, une telle autorisation est subordonnée aux conditions :

— qu'il existe des accords visés à littéra a ci-dessus entre toutes les entreprises en cause ou d'autres mesures de nature à réaliser des objectifs d'adaptation reconnus appropriés par la Haute Autorité, et

— que ces accords d'achat ou de vente en commun soient de nature à faciliter la réalisation des objectifs d'adaptation reconnus appropriés par la Haute Autorité et permettent d'éviter que les changements intervenus dans les conditions d'écoulement n'entraînent de graves perturbations économiques et sociales. »

En outre, il était prévu que la Haute Autorité pourrait révoquer ces autorisations si, « tenant compte de l'évolution du marché ainsi que des difficultés économiques et sociales résultant de l'adaptation à cette évolution, elle constate qu'il n'est pas obtenu de résultats suffisants en matière d'adaptation ».

D'autres mesures, enfin, tendaient à accorder à la Haute Autorité un droit de contrôle accru sur les ententes ainsi autorisées.

La modification consistait donc surtout à rendre possible l'autorisation d'autres ententes que celles de spécialisation, d'achat ou de vente en commun pourvu qu'elles concernent « l'adaptation aux nouvelles conditions d'écoulement ». D'un autre côté, il devenait possible d'autoriser des ententes d'achat ou de vente en commun, bien qu'elles soient susceptibles de donner à leurs membres le pouvoir de déterminer les prix, contrôler ou limiter la production ou les débouchés d'une partie substantielle des produits en cause dans le marché commun, ou de les soustraire à une concurrence effective d'autres entreprises dans le marché commun. Les conditions posées à l'autorisation des ententes étaient donc, dans le projet, considérablement assouplies. La contrepartie se trouvait dans les pouvoirs de contrôle accrus dont disposait la Haute Autorité.

L'Avis émis le 13 décembre 1961 par la Cour de Justice devait cependant conclure au rejet du projet de modification. Selon la Cour, le projet présenté ne respectait pas les conditions prévues à l'art. 95-3° et 4°. Il dépassait le cadre d'une mesure d'adaptation des pouvoirs de la Haute Autorité et portait atteinte à l'art. 4 du Traité (Demande d'avis en vertu des dispositions de l'art. 95, al. 3 et 4, présenté par la Haute Autorité et le Conseil spécial des ministres, le 20 juillet 1961, Avis de la Cour de Justice des Communautés européennes du 13 décembre 1961 : *Rec. de la jurisprudence de la Cour*, vol. VII, p. 485 et s.).

On discerne de suite la différence qui sépare le texte de l'article 65 CECA. Ce ne sont plus les seuls accords de spécialisation, d'achat ou de vente en commun qui peuvent être autorisés. L'article 85 ne fait aucune allusion à la nature des accords interdits en raison seulement du contenu de leurs clauses. Par là, l'article 85 CEE pose une règle beaucoup plus souple que celle de l'article 65 CECA. Toutes les ententes visées au paragraphe 1° sont susceptibles d'être autorisées en raison de leurs effets selon les critères très généraux que pose le texte.

336. — On peut se demander toutefois si l'esprit du Traité de Rome ne conduit pas à déterminer l'incompatibilité absolue de certaines ententes avec l'établissement du marché commun. Ce point avait été, en particulier, développé par M. STEINDORFF (9), puis par MM. COING, KRONSTEIN et SCHLOCHAUER (10). Ces auteurs montraient que, nonobstant la querelle doctrinale relative à l'application immédiate ou retardée de l'article 85, certaines ententes devaient être interdites dès l'entrée en vigueur du Traité. Bien que relative à un problème de droit transitoire, leur argumentation conserve une indéniable actualité, puisqu'elle met l'accent sur l'incompatibilité radicale de certaines ententes avec le marché commun.

MM. COING, KRONSTEIN et SCHLOCHAUER relevaient l'existence dans le Traité de deux sortes d'obligations pesant sur les Etats. D'abord, une série d'obligations correspond à des buts qui, selon le Traité, ne doivent être atteints qu'à l'expiration de la période transitoire visée à l'article 8. Ainsi en va-t-il de la suppression des droits de douane et des restrictions quantitatives, de l'établissement d'un tarif extérieur commun ou de la libération des mouvements de capitaux. Les obligations pesant sur les Etats reçoivent alors une application progressive. Une autre série d'obligations comporte à sa base un principe unique : les Etats ne doivent rien faire qui soit contraire à l'établissement du marché commun. Ces obligations reçoivent, contrairement aux premières, une application immédiate.

Ainsi, à l'abaissement progressif des droits de douane, correspond l'obligation inscrite à l'article 12, « Les Etats membres s'abstiennent d'introduire entre eux de nouveaux droits de douane à l'importation et à l'exportation ou taxes d'effet équivalent et d'augmenter ceux qu'ils appliquent dans leurs relations commerciales mutuelles ». De même, à l'élimination progressive des restrictions quantitatives, correspond l'article 31, « Les Etats membres s'abstiennent d'introduire entre eux de nouvelles restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent... ». A l'élimination des restrictions à la liberté d'établissement,

(9) *Das Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen in der Anfangszeit der EWG* : B.B. 1958, 89.

(10) *Das Verhältnis des deutschen Kartellrechts zu den Kartellrechtsvorschriften des Vertrages über die Gründung der EWG*, 1958, Band VII der Schriften des Instituts für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht.

correspond l'article 53; à la suppression des restrictions à la libre prestation des services, correspond l'article 62; à la suppression des restrictions aux mouvements de capitaux, correspond l'article 71; à la réalisation des mesures prévues par l'article 75, au titre des transports, correspond l'article 76.

Les obligations des articles 12, 51, 53, 62, 71 et 76 pèsent sur les Etats, mais on est fatalement amené à décider qu'elles pèsent également sur les particuliers. On ne peut en effet ignorer que la puissance économique privée est susceptible d'aboutir, par une réglementation privée, à des effets analogues à ceux d'une réglementation publique. Ce point est capital dans l'interprétation du Traité. L'article 85 se voit assigner ainsi une double fonction :

— une fonction générale, formulée également à l'article 3, qui est de régler les conditions de concurrence afin d'aboutir aux objectifs du Traité;

— une fonction particulière, qui est de protéger la constitution du marché commun contre les agissements privés tendant à reconstituer les réglementations publiques, progressivement supprimées.

Selon cette argumentation, les ententes doivent être appréciées à la fois d'un point de vue général, celui de l'atteinte aux règles de concurrence, et d'un point de vue particulier, celui de la reconstitution des obstacles au marché commun. Les auteurs en déduisaient l'application immédiate de l'article 85 lorsqu'il s'agissait d'apprécier les ententes selon le second point de vue. Mais comme l'avait déjà souligné M. STEINDORFF, la thèse ainsi présentée dépassait le cadre étroit d'un problème de droit transitoire. Elle conduisait à reconnaître que certaines ententes sont absolument inadmissibles au regard du marché commun.

337. — L'argumentation mérite d'être retenue. Il faut admettre que l'article 85-3° est inapplicable aux ententes qui ont pour objet de restaurer les barrières institutionnelles supprimées par application du Traité. Ces ententes sont interdites d'une manière absolue. La recherche et l'appréciation de leurs effets, en vue de faire apparaître leur utilité est parfaitement inutile. Il suffit de constater la contradiction radicale qui les oppose à l'établissement d'un marché commun.

Quelles sont, en pratique, ces ententes ? Il est relativement aisé de les déterminer. Il suffit de reprendre les dispositions, déjà citées, du Traité.

1° *Ententes faisant échec à l'article 12.* Ce sont les ententes qui ont pour objet de fixer les prix des marchandises à l'importation ou à l'exportation.

2° *Ententes faisant échec à l'article 31.* Ce sont celles qui ont pour objet de fixer, par un système de quotas ou autrement, des limites aux quantités de marchandises que les membres peuvent importer ou exporter.

3° *Ententes faisant échec à l'article 53.* Ce sont en premier lieu les syndicats professionnels dans la mesure où ils soumettraient l'entrée de la profession à des conditions comportant une discrimination selon la nationalité. Ce sont, en second lieu, toutes les ententes qui interdisent à leurs membres de livrer à certains grossistes ou détaillants, ou de s'approvisionner auprès d'eux.

4° *Ententes faisant échec à l'article 62.* Ce sont les ententes qui ont pour objet de soumettre le prix ou les conditions de prestation d'un service à un régime discriminatoire selon la nationalité du bénéficiaire. Des accords relatifs aux droits de propriété industrielle peuvent, en particulier, prévoir, en ce qui concerne la cession de ces droits ou l'attribution de licences, des conditions qui soient, pour les ressortissants d'un autre Etat, plus restrictives qu'elles ne le sont pour les nationaux.

5° *Ententes faisant échec à l'article 71.* Bien qu'il soit plus difficile d'imaginer des ententes en cette matière, il n'est pas totalement inconcevable que l'on rencontre des accords entre personnes privées qui, par des stipulations relatives aux modes de paiement, puissent restreindre la libre circulation des capitaux.

6° *Ententes faisant échec à l'article 76.* Ici encore, étant donné les conditions tout à fait particulières qui caractérisent la concurrence dans le secteur des transports, les cas concrets sont difficilement imaginables. On doit cependant conclure que doivent être tenues pour absolument interdites les ententes qui ont pour objet de soumettre les transports à l'importation ou à l'exportation, à des conditions plus onéreuses ou plus restrictives, par rapport aux transports internes.

338. — Il existe donc des ententes qui, parmi celles que détermine l'article 85-1°, sont frappées d'une interdiction absolue. En ce qui les concerne, il n'est pas nécessaire de les juger au regard de leurs effets selon les dispositions de l'article 85-3°. Le seul examen du contenu objectif des clauses de l'accord conduit à leur interdiction. Mais la remarque, déjà formulée à propos des cas d'interdiction absolue que connaissent l'ordonnance 45-1483 et le Traité CECA, vaut également ici. La liste des interdictions absolues est limitative et leur interprétation est de droit strict. En ce qui concerne toutes les autres ententes, c'est le régime de droit commun qui s'applique, celui de la recherche et de la justification des effets utiles de l'entente. Ce sont ces règles matérielles de partage, fondées dans les trois statuts sur l'appréciation des effets de l'entente, qu'il convient dès lors d'étudier.

SECTION II

LA RECHERCHE DES EFFETS DE L'ENTENTE

339. — Hormis les cas d'interdictions absolues, le caractère néfaste ou utile d'une entente doit être apprécié d'après les effets de cette dernière. Tel est le principe que postulent l'article 59 *ter* de l'ordon-

nance 45-1483, l'article 65 CECA et l'article 85 CEE. Encore faut-il déterminer quels effets doivent être tenus pour néfastes et quels effets doivent être tenus pour utiles. Les textes donnent à cet égard quelques indications, mais qui sont d'une allure trop générale pour que leur exégèse puisse conduire à des certitudes. Il faut, d'une manière plus réaliste, rechercher quelle application les organes de contrôle ont fait de ces dispositions. En France, les avis rendus par la Commission technique des ententes sont une source d'enseignements précieux. En ce qui concerne l'article 65 CECA, la Haute Autorité n'a malheureusement pas toujours motivé ses décisions d'une manière approfondie, mais on doit en revanche tenir comme étant de la plus haute importance, l'arrêt rendu par la Cour de Justice des Communautés, le 18 mai 1962, dans l'affaire du Comptoir charbonnier de la Ruhr. En ce qui concerne l'article 85 CEE enfin, il est évidemment prématuré de proposer une interprétation précise du texte. Tout au plus peut-on formuler quelques remarques d'ordre très général.

§ 1. — *L'appréciation des ententes par la Commission technique*

340. — La Commission technique ne s'est jamais dissimulé les difficultés de sa tâche.

« La lecture des dispositions des art. 59 *bis* et 59 *ter* de l'ordonnance du 30 juin 1945, modifiée par le décret du 9 août 1953, écrivait son président en 1955, montre à la fois l'extrême difficulté d'une mission qu'il appartiendra à la Commission de préciser au cours de ses travaux successifs et l'ampleur de l'œuvre créatrice qui l'attend pour assurer une application fructueuse d'un texte nécessairement imprécis » (11).

En fait, le travail accompli par la Commission ne peut que susciter l'admiration. Consciente de la complexité que présentent les phénomènes économiques, elle n'a pas craint de procéder, à propos de chaque espèce, à une minutieuse étude des faits. Ce souci de réalisme se traduit dans les motifs toujours très détaillés qui précèdent ses avis (12).

La Commission technique doit, lorsqu'elle est saisie d'une affaire, porter un jugement de valeur sur l'entente dont elle constate l'existence. Elle doit juger si l'entente a bien pour effet d'améliorer et d'étendre les débouchés de la production ou d'assurer le développement du progrès économique par la rationalisation et la spécialisation. S'agissant de porter un tel jugement, la Commission s'est systématiquement refusée à se prononcer sur la seule base des clauses de l'accord. Ainsi s'affirme la différence fondamentale qui sépare deux démarches toujours soigneusement distinguées l'une de l'autre dans les motifs. Lorsqu'il s'agit de constater l'existence d'une entente, la Commission se réfère à une analyse des seules clauses de l'entente — à moins qu'il ne s'agisse bien entendu d'une action concertée que les

(11) *Rapports* 1954-59, p. 5.

(12) V. par ex., l'avis *Fabricants de fils et câbles électriques isolés : Rapports* 1954-59, p. 25.

faits seuls peuvent révéler. Lorsqu'il s'agit de juger cette entente au regard de l'article 59 *ter*, l'examen des clauses s'avère insuffisant, il faut déterminer quels sont les résultats effectifs qui caractérisent l'entente. Dans son premier avis déjà, la Commission, relevant que certaines clauses avaient pour but l'organisation rationnelle du marché, refusait néanmoins d'appliquer l'article 59 *ter*, car précisait-elle, « ces diverses mesures sont restées à l'état de projets, les seules clauses de l'entente effectivement appliquées ayant été celles qui tendaient à la fixation de quotas et à ses corollaires » (13).

341. — La Commission a tiré deux conséquences de cette interprétation rigoureuse de l'article 59 *ter*. En premier lieu, elle estime que ce n'est pas à elle, mais aux membres de l'entente incriminée, qu'il appartient d'établir les justifications prévues. Cette solution l'a conduite à décider que :

« L'appréciation des justifications fournies en vue de bénéficier de l'art. 59 *ter* suppose que les intéressés apportent ces justifications, donc qu'ils admettent l'existence même de l'entente. Si au contraire — précise-t-elle — les professionnels nient l'existence de l'entente (et si celle-ci est reconnue par la Commission), ils se privent de la possibilité de revendiquer le bénéfice de l'art. 59 *ter* (14).

En second lieu, la Commission exige toujours que soit rapportée la preuve que les effets favorables qui sont invoqués sont uniquement imputables à l'action de l'entente. Il ne suffit pas de prouver une situation satisfaisante du marché, il faut encore prouver la relation de causalité qui unit l'activité déployée par l'entente à la situation constatée. Selon les termes mêmes de la Commission, « les faits favorables ne deviennent des faits justificatifs que dans la mesure où ils résultent d'une action propre de l'entente et non des données extérieures à l'entente, de la conjoncture et du marché » (15).

(13) *Industrie du savon de ménage : Rapports 1954-59*, p. 8. Dans l'affaire *Industrie du magnésium (Rapports 1954-59, p. 11)*, on trouve une application particulièrement nette de ce principe : « Considérant qu'il résulte des renseignements statistiques transmis par le ministère de l'industrie et du commerce que la production de magnésium sera passée, de 1938 à 1954 :

Aux U.S.A., de 2 920 à 63 257 tonnes;

En Angleterre, de 2 222 à 5 026 tonnes;

En France, de 1 538 à 1 150 tonnes;

En Italie, de 102 à 1 666 tonnes;

que, de 1938 à 1954, la consommation de magnésium serait passée :

Aux U.S.A., de 2 000 à 40 800 tonnes;

En Angleterre, de 4 600 à 9 144 tonnes;

En France, de 720 à 1 300 tonnes;

qu'ainsi, la production du magnésium a décliné en France, malgré l'augmentation de l'activité économique générale intervenue entre-temps et alors que la production et la consommation se développaient rapidement dans les autres pays. »

(14) Rapport pour l'année 1956 (*Rapports 1954-59*, p. 17). La Commission a fait application de ce principe dans l'affaire *Fabricants de fûts métalliques (Rapports 1954-59, p. 21)* et dans l'affaire *Fabricants de coeurs d'aiguillages en acier monté au manganèse (Rapports 1954-59, p. 52)*. La solution, parfaitement logique, revêt un intérêt pratique considérable : elle pousse les industriels en cause à fournir à la Commission les renseignements en l'absence desquels elle pourrait difficilement se prononcer.

(15) *Rapports 1954-59*, p. 18. — V. *Addendum*.

Telles sont les grandes lignes qui ont orienté la conduite de la Commission. Quels ont été jusqu'ici les résultats de son activité ? Reposant sur une analyse approfondie des faits et des circonstances spéciales à chaque cas d'espèce, résultant de la très grande initiative que lui laisse un texte très vague, la jurisprudence de la Commission échappe à toute tentative de systématisation. Elle consiste véritablement en une appréciation « cas par cas » des ententes. Il est cependant possible de discerner quelques principes très généraux qui s'affirment à travers ses avis. On peut les grouper sous trois rubriques : — la Commission technique a élargi les conditions prévues par l'article 59 *ter*, — elle a fondé la justification de l'entente sur un véritable « bilan économique » de celle-ci, — elle a, enfin, diversifié les sanctions et les remèdes.

A. — L'élargissement des conditions posées par l'article 59 *ter*

342. — L'article 59 *ter* prévoit deux cas dans lesquels une entente peut être justifiée :

— lorsqu'elle a pour effet d'améliorer et d'étendre les débouchés de la production;

— lorsqu'elle a pour effet d'assurer le développement du progrès économique par la rationalisation et la spécialisation.

Il semble que l'un ou l'autre de ces effets suffise à justifier l'entente. En fait, la Commission prend en considération tous les effets de l'entente, qui peuvent paraître favorables. Elle relève la réorganisation d'une branche de l'industrie et le développement de la production (16), l'amélioration de la qualité des produits, l'économie de frais généraux (17), la rationalisation de la production lorsqu'elle se traduit par l'abaissement des prix de revient (18), la spécialisation de chacun des membres de l'entente dans la production de biens déterminés (19). Tous ces exemples, dont il serait fastidieux d'allonger la liste rentrent dans les prévisions de l'article 59 *ter*. Mais la Commission a admis d'autres justifications que ne prévoit pas expressément la loi (20).

Dans l'importante affaire des fabricants de verre plat (21), elle relève « la politique d'investissements rationnels et très importants

« Pratiqués par Saint-Gobain et Boussois et, à leur échelle, par les Verreries de la Gare, politique qui n'eût peut-être pas été possible sans les facilités de prévisions à moyen terme, notamment en matière de débouchés, résultant des ententes... »

La Commission a surtout mis à l'actif de certaines ententes les mesures de concentration survenues dans la branche considérée, lorsque

(16) *Fabricants de meules et produits abrasifs agglomérés : Rapports 1954-59*, p. 13.

(17) *Fabricants de fils et câbles électriques isolés : Rapports 1954-59*, p. 25.

(18) *Fabricants d'outils agricoles à main : Rapports 1954-59*, p. 34.

(19) *Fabricants de culots de lampes électriques : Rapports 1954-59*, p. 23.

(20) V. Rapport pour l'année 1956 : *Rapports 1954-59*, p. 18.

(21) *Rapports 1954-59*, p. 36.

la concentration est un facteur d'abaissement des prix de revient (22). Elle a enfin donné une grande importance à la considération des prix. Non seulement elle a considéré que les mesures de spécialisation, de rationalisation ou de concentration ne justifiaient l'application de l'article 59 *ter* que lorsqu'elles aboutissaient à un abaissement réel des prix de revient, mais encore, elle a estimé que cet abaissement devait profiter à la collectivité toute entière en se traduisant par une diminution des prix de vente. Ainsi peut-on lire dans le Rapport pour l'année 1957 que,

« La Commission a estimé devoir poser en principe qu'une entente, qui fait état de résultats favorables obtenus grâce à elle en ce qui concerne la productivité de l'industrie en cause et l'abaissement de ses prix de revient, ne saurait utilement s'en prévaloir pour revendiquer le bénéfice de l'art. 59 *ter* que si ces résultats profitent non seulement aux industriels membres de l'entente, mais aussi, pour une part importante et équitable, à leurs clients et à l'économie générale, ce qui suppose que l'abaissement des prix de revient s'accompagne d'un abaissement des prix de vente » (23).

Ce point est capital, car il ajoute à l'article 59 *ter* une condition que le texte ne prévoyait pas. L'influence de l'entente sur les prix, qui ne joue qu'un rôle tout à fait théorique dans la définition de l'entente — puisque par une sorte de clause de style la Commission estime que toute restriction de concurrence a un effet sur les prix — joue en revanche un rôle pratique considérable lorsqu'il s'agit de juger la validité de l'entente et de justifier l'application de l'article 59 *ter*.

Les effets de l'entente suffisent-ils, lorsqu'il est prouvé qu'ils sont favorables, à justifier son admission? Non, car il faut encore qu'ils l'emportent sur les effets néfastes. Ce n'est qu'au terme d'un véritable bilan de l'entente que l'appréciation définitive peut être donnée (V. *Addendum*).

B. — Le bilan économique de l'entente

343. — On ne saurait trop remarquer combien la Commission technique a su se dégager de l'interprétation qu'aurait dictée une exégèse étroite de l'article 59 *ter*. La lettre du texte laissait à penser que le seul fait d'avoir pour effet l'amélioration des débouchés ou le progrès économique devait emporter l'admission d'une entente. La Commission estime au contraire que la plupart des ententes comportent à la fois des avantages et des inconvénients. Elle a montré à plusieurs reprises, et en particulier à l'occasion des quotas de production ou des accords de spécialisation, que la même clause restrictive de concurrence peut avoir des effets dangereux et profitables en même temps. Elle estime qu'il n'existe pas des « bonnes » et des « mauvaises » ententes, mais qu'il en est seulement dont les avantages

(22) Rapport pour les années 1958 et 1959 : *Rapports* 1954-59, p. 45.

(23) Rapport pour l'année 1957 : *Rapports* 1954-59, p. 32.

l'emportent sur les inconvénients, ou réciproquement (24). Selon ses propres termes, « la Commission est conduite, dans « chaque affaire, à fonder son appréciation et à qualifier l'entente au vu des résultats d'ensemble d'un véritable bilan économique ».

Il ne suffit donc pas d'apprécier les résultats favorables de l'entente, il faut aussi apprécier ses inconvénients. Il ne suffit pas de constater que, par définition, l'entente est susceptible d'entraver le plein exercice de la concurrence et de faire obstacle à l'abaissement des prix, il faut encore déterminer dans quelle mesure la concurrence a été entravée en fait. Cette nécessité entraîne généralement un examen de la situation sous trois angles différents.

344. — 1° Les clauses restrictives de concurrence ont-elles été appliquées avec rigueur ou avec souplesse ?

La Commission admet qu'il serait peu réaliste de juger l'entente sur le seul fondement du caractère plus ou moins rigoureux des clauses de l'accord. Tout dépend de la manière dont ces clauses ont été appliquées en fait. Ainsi, relève-t-elle par exemple,

« Que l'application des conventions s'est caractérisée par une relative souplesse; qu'une certaine concurrence a continué à se manifester à l'intérieur des ententes et que la dissidence de fait a été plus importante que la dissidence de droit; que les statistiques ont été essentiellement équilibrées par le procédé purement comptable des transferts de chiffres d'affaires et que les commandes de compensation et les pénalités d'avance n'ont pratiquement pas joué; que malgré l'invariabilité apparente des quotas, certaines entreprises ont réussi à conquérir une part du marché supérieure à celle qui leur était allouée... » (25).

345. — 2° Dans quelle mesure l'entente a-t-elle effectivement porté atteinte à la concurrence sur le marché ?

La Commission est alors conduite à admettre que, parmi les pratiques restrictives, il en est qui affectent plus ou moins gravement la concurrence. Ainsi, en présence d'une clause d'affectation de zones géographiques de vente, elle estime que « le monopole de fait conféré par l'entente au distributeur unique de chaque secteur place les utilisateurs sous la dépendance étroite d'un seul négociant et ne leur permet de discuter utilement ni les prix ni la qualité des services... », et refuse d'appliquer l'article 59 *ter* (26). Dans l'affaire des fabricants de culots de lampes électriques, elle tient largement compte du fait que, par leur spécialisation, chacune des sociétés tend à jouir, pour les produits commercialisés, d'un quasi-monopole de production et que « cette situation réduit sensiblement la compétition sur le marché » (27).

(24) « Les conséquences fâcheuses de cette organisation l'emportent sur ses avantages » (*Industrie et commerce de la levure de panification : Rapports 1954-59*, p. 9). V. également, *Rapports 1954-59*, p. 13 et p. 45.

(25) *Fabricants de fils et câbles électriques isolés : Rapports 1954-59*, p. 25.

(26) *Industrie et commerce de la levure de panification : Rapports 1954-59*, p. 9.

(27) *Rapports 1954-59*, p. 23.

Encore faut-il savoir quel degré de compétition il est possible d'admettre dans la branche intéressée, eu égard en particulier à sa structure et à la conjoncture économique. En d'autres termes, sachant qu'il n'existe pas un état idéal de concurrence, mais des « situations de concurrence » propres à chaque marché, il est fondamental de tenir compte des caractéristiques particulières du marché intéressé : produit ou service qui en est l'objet, nombre et importance relative des vendeurs et des acheteurs, degré d'intégration verticale des entreprises, dimensions géographiques du marché, etc. (28). La Commission a donc été amenée à procéder, dans chaque cas, à une analyse de la situation économique du secteur intéressé par l'entente et à rechercher dans quelle mesure l'existence de l'entente avait pu influencer défavorablement sur cette situation.

Relevant, dans l'affaire des fabricants d'outils agricoles à main, que si, en règle générale, les remises de classement ont pour objet de prévenir ou combattre la concurrence des dissidents et ainsi de renforcer l'efficacité de l'entente, voire même de réaliser un monopole à son profit, la Commission constate cependant, « qu'il n'en est pas de même dans le cas qui est celui de l'espèce, où l'entente réunit tous les producteurs et anciens producteurs de l'industrie envisagée et où celle-ci subit une récession par l'effet des circonstances économiques et du progrès technique qui tendent à restreindre ses débouchés... » (29).

Dans une autre espèce, elle arrive à la conclusion que, « eu égard aux caractéristiques du marché et à l'état d'organisation de la profession, la suppression des quotas n'aurait vraisemblablement eu d'autre effet que de favoriser la formation d'une situation bipolistique » (30).

Dans l'affaire *Industrie de réparation du matériel roulant ferroviaire*, la Commission tient compte du fait que, « eu égard à la situation de l'industrie en cause, où la Société Nationale des Chemins de fer Français est un acheteur, sinon unique, du moins prépondérant, l'entente, qui avait pour seul objet la répartition des commandes de la Société Nationale des Chemins de fer Français, n'a pu prendre effet que par l'accord de celle-ci » (31).

Dans l'affaire des *Fabricants de culots de lampes électriques* (32), enfin, la Commission constate l'existence sur le marché de trois fabricants de culots de lampes, seuls en face des entreprises intégrées de fabrication de lampes. L'un des motifs d'admission de l'entente tient au fait qu'elle favorise le maintien, sur le marché des lampes, d'un équilibre entre le groupe intégré Philips-Compagnie des Lampes

(28) Sur tous ces points, v. PRIEUR, *Contribution à l'étude de la concurrence sur le marché* : *Rev. trim. de dr. com.* 1960, 501, et IERSTON, R. BARNES, in *Kartelle u. Monopole*, op. cit., T. II, p. 805.

(29) *Rapports* 1954-59, p. 34.

(30) *Fabricants de bandes transporteuses en caoutchouc* : *Rapports* 1954-59, p. 52.

(31) *Rapports* 1954-59, p. 55.

(32) *Rapports* 1954-59, p. 23.

et les autres fabricants, car elle assure à ces derniers une certaine indépendance dans leurs approvisionnements en culots.

On voit à travers ces quelques exemples comment la gravité d'une clause restrictive de concurrence ne peut jamais être appréciée *a priori* et dépend étroitement de circonstances externes à l'entente. Il s'ensuit que dans bien des cas, le jugement qui est porté ne peut être définitif. Il est lié aux circonstances du moment. Que les circonstances économiques viennent à changer et telle pratique jugée admissible deviendra condamnable. La Commission n'a pas hésité à le souligner à propos de plusieurs espèces. L'un des motifs de l'avis rendu à l'égard des fabricants de meules est particulièrement significatif :

« Considérant que, de ce qui précède, il résulte que l'organisation née de l'entente, et dont les avantages apparaissent d'ores et déjà de moins en moins probants, est appelée prochainement, notamment dans le cadre d'une libération des échanges, à présenter les plus graves inconvénients; qu'en effet dans cette situation nouvelle le caractère artificiel des prix, le calcul des ristournes selon une méthode qui n'assure pas le bénéfice de la fabrication en série, enfin l'insuffisance des moyens nationaux de recherche ne permettraient pas à l'industrie de faire face à la concurrence étrangère et que l'entente ne serait dès lors plus fondée, même si elle le demeurerait jusque là, à invoquer les dispositions de l'article 59 *ter* pour échapper à l'application de l'article 59 *bis*... » (33) (V. *Addendum*).

346. — 3° Existe-t-il un rapport de nécessité entre la restriction de concurrence et les résultats favorables de l'entente ?

Il ne suffit pas de constater, au terme du bilan économique de l'entente, que les résultats favorables l'emportent sur les inconvénients. Il faut encore que la restriction de concurrence soit véritablement nécessaire pour aboutir au progrès économique enregistré. C'est ce que décide expressément la Commission dans l'affaire *Fabricants de jantes et de guidons* (34). « Si les résultats obtenus par l'entente sont insuffisants pour que le bénéfice de l'exception prévue à l'article 59 *ter* lui soit reconnu sans réserves, ils permettent d'admettre que l'article 59 *bis* n'aura pas à lui être appliqué si d'une part elle met fin par une modification des textes la régissant aux stipulations et pratiques anti-concurrentielles *qui ne sont pas nécessaires à son bon fonctionnement* et si, d'autre part, elle engage sur le plan industriel une action efficace de normalisation et de spécialisation en vue d'améliorer les prix de revient... ». De même, dans l'avis sur l'*Industrie de la meunerie parisienne* (35), on peut lire que « les résultats positifs de cette action peuvent être tenus pour établis, mais qu'ils n'impliquaient pas nécessairement une politique de répartition des

(33) *Ibid.*, p. 14.

(34) *Ibid.*, p. 49.

(35) *Ibid.*, p. 56.

droits au travail assortie d'un système de primes et pénalités, ni la pratique du prix de vente maximum... ».

Seules sont donc admissibles les restrictions de concurrence qui sont indispensables à l'effet favorable qui a été constaté. Ce principe conduit à une appréciation de l'entente que l'on peut qualifier d'analytique. L'entente n'est pas admise ou rejetée globalement, mais dans toute entente complexe, ce sont chacune des clauses ou des pratiques qui sont examinées et jugées. Le bilan de l'entente met donc en lumière les imperfections et les insuffisances de celle-ci. Or il est possible de corriger les imperfections et de réparer les insuffisances. Cela a conduit la Commission à admettre que, exception faite de cas rares et extrêmes, il est difficile de prononcer un jugement global et définitif de l'entente. Tout naturellement, les experts ont été amenés à diversifier les sanctions et les remèdes.

C. — Les sanctions et les remèdes

347. — La Commission technique a donné à sa tâche une orientation résolument positive. Selon une interprétation étroite de l'article 59 *quater* l'avis de la Commission aurait pu se réduire à conseiller le ministre sur l'opportunité des poursuites judiciaires. Dans chaque cas, une alternative très simple aurait été ouverte : ou bien l'article 59 *ter* était applicable et les membres de l'entente ne devaient pas être poursuivis, ou bien les justifications prévues par l'article 59 *ter* n'avaient pu être rapportées et la condamnation pénale devenait possible. Une telle interprétation, peu soucieuse des réalités pratiques, offrait un champ de sanction trop limité. La Commission a estimé qu'en matière d'ententes mieux valait corriger que punir. Elle a proposé des mesures nuancées qui, généralement, ont été adoptées par le ministre.

Parmi les mesures proposées, l'absolution complète ou la condamnation pure et simple, ouvrant la voie à des poursuites judiciaires, ne constituent que des cas extrêmes et entre les deux existe tout un éventail de sanctions et de remèdes.

Le bénéfice de l'article 59 *ter* peut d'abord être accordé à titre temporaire. Il vaut alors pour une certaine période, à l'issue de laquelle la Commission se réserve le droit de vérifier si les effets de l'entente continuent de se manifester d'une manière favorable et si l'effort de rationalisation se poursuit. Le plus souvent, la justification au regard de l'article 59 *ter* est admise sous condition : à la condition que certaines clauses ou pratiques particulièrement critiquables soient supprimées ou que certaines mesures souhaitables pour le progrès économique soient réalisées. La Commission est ainsi souvent amenée à distinguer entre diverses clauses de l'entente et à poser des conditions plus ou moins sévères à l'admission de chacune d'elles. En troisième lieu, la Commission peut réserver son jugement. Sans admettre expressément que les conditions prévues par l'article 59 *ter* sont réalisées, elle fixe à l'entente une période probatoire, au cours de laquelle il lui

appartiendra de se justifier en rapportant la preuve de ses effets utiles. Enfin, la Commission peut décider expressément que les conditions prévues par l'article 59 *ter* ne sont pas réunies, mais conseiller au ministre de suspendre provisoirement les poursuites, en laissant à l'entente le temps de se réformer totalement (V. *Addendum*).

348. — L'examen de l'ensemble des avis rendus par la Commission laisse apparaître, derrière la multiplicité des sanctions possibles, une certaine continuité dans son action.

En premier lieu, si certaines condamnations sans condition ont été prononcées, la Commission n'a jamais conseillé au ministre de transmettre l'affaire au Parquet. En fait, aucune poursuite judiciaire ne semble avoir été ouverte jusqu'à présent sur le fondement de l'article 37-3°. Les agissements passés des membres de l'entente, aussi graves soient-ils, ont toujours trouvé grâce auprès de la Commission. Celle-ci a toujours pris soin de montrer en quoi ces agissements étaient condamnables, mais elle n'a jamais pensé qu'il fût opportun de les sanctionner pour eux-mêmes, à condition, toutefois, que les membres de l'entente fassent preuve de bonne volonté et s'engagent à se conformer à l'avenir aux mesures proposées (V. *Addendum*).

En second lieu, les ententes ont rarement bénéficié d'une exemption totale et définitive. La Commission a, dans la plupart des cas, pensé qu'elles étaient perfectibles, que certaines clauses bien que théoriquement admissibles devaient être réformées et que certains effets favorables pouvaient encore être accentués.

En troisième lieu, les différents remèdes proposés aboutissent à instituer une sorte de surveillance permanente des ententes. Les avis ayant rarement un caractère définitif, les ententes sont amenées à justifier périodiquement leurs résultats. La justification prévue par l'article 59 *ter* est presque toujours temporaire ou conditionnelle.

349. — Ainsi, les avis rendus par la Commission technique comportent pour une large part, une appréciation très libre des circonstances de fait. La chose ne saurait surprendre, s'agissant d'un organisme dont le rôle est pour partie de conseiller le ministre sur l'*opportunité* des mesures à prendre. Il est vraisemblable qu'un tribunal, dont la seule tâche serait de dire le droit, ferait preuve d'une indépendance moindre à l'égard des textes. Cette explication ne saurait suffire et l'on doit reconnaître la naissance dans notre droit d'une tendance identique à celle qui anime d'autres systèmes étrangers. Le recours à une appréciation des effets des ententes conduit à juger ces dernières au regard de l'intérêt économique le plus concret. Il ne suffit pas qu'une entente justifie de quelques résultats favorables, il faut encore que ces résultats soient proportionnés aux restrictions de concurrence qui en sont le prix; il ne suffit pas que l'entente ait des résultats favorables à l'égard de la branche où elle s'exerce, il faut encore qu'elle bénéficie à la collectivité toute entière, en particulier par un effet sur les prix de vente. Ce double principe, peu à peu dégagé par la Commission technique des ententes, correspond aux

exigences que prévoient les articles 65 CECA et 85 CEE. De même, il ne suffit pas de décider qu'une entente est ou non admissible, qu'elle constitue ou non une entente utile, il faut encore prendre les mesures propres à la réformer ou à l'améliorer. Cette dernière exigence se retrouve elle aussi dans l'article 65 CECA et dans le Premier règlement d'application de l'article 85 CECA, dans lesquels il est formellement prévu que les autorisations peuvent être accordées sous condition et pour des périodes limitées.

Ainsi, une base commune se retrouve dans les trois réglementations. Le droit communautaire obéit cependant à certains soucis qui sont étrangers au droit interne et il convient de rechercher quelles particularités en découlent pour l'appréciation des effets des ententes.

§ 2. — *L'appréciation des ententes par la Haute Autorité et la Cour de Justice des Communautés*

350. — Lorsqu'elle doit statuer sur la conformité avec le Traité CECA d'ententes de spécialisation, d'achat en commun ou de vente en commun, la Haute Autorité est guidée dans sa recherche par les quatre conditions posées par l'article 65-2°.

Deux de ces conditions sont positives :

— L'entente doit contribuer à une amélioration notable dans la production ou la distribution des produits visés;

— L'accord doit être essentiel pour obtenir ces effets, sans qu'il soit d'un caractère plus restrictif que ne l'exige son objet.

Les deux autres conditions sont négatives :

— L'entente ne doit pas être susceptible de donner aux intéressés le pouvoir de déterminer les prix, contrôler ou limiter la production ou les débouchés, d'une partie substantielle des produits en cause dans le marché commun;

— Elle ne doit pas être susceptible de soustraire les intéressés à une concurrence effective d'autres entreprises dans le marché commun.

L'examen des deux conditions positives a rarement soulevé de difficultés majeures. Les ententes qui demandent leur autorisation étant par définition des ententes de spécialisation, d'achat ou de vente en commun, il leur est aisé de démontrer qu'elles contribuent à une amélioration de la production ou de la distribution. La Haute Autorité s'est contentée, la plupart du temps, de constater brièvement cette amélioration (36). Dans un cas cependant, la Haute Autorité a eu l'occasion de relever que l'accord ne se justifiait pas au point de

(36) V. par ex., accords Cornigliano-Fiat pour la production des tôles laminées, décision d'autorisation 41-54 : *J.O.* 1954, p. 475. — Forges d'Audincourt du Saut-du-Tarn et Société des Forges et Ateliers du Creusot, décision d'autorisation 26-59 du 22 avril 1959 : *J.O.* 1959, p. 576. — Helmstedter Braunkohlen-Verkauf G.m.b.H., décision d'autorisation 33-54 : *J.O.* 1954, p. 435.

vue du progrès économique, car la situation géographique des entreprises en cause et de leurs clients ne nécessitait nullement un accord de vente en commun et de répartition des commandes (37).

351. — C'est essentiellement à propos des deux conditions négatives que sont apparues les difficultés les plus graves. Sur quels critères la Haute Autorité devait-elle s'appuyer pour décider qu'un accord donnait aux entreprises intéressées le pouvoir de déterminer les prix ou de les soustraire à une concurrence effective de la part d'autres entreprises. Dès ses premières décisions, la Haute Autorité a adopté une position très simple : le pouvoir de déterminer les prix ou le fait d'être soustrait à une concurrence effective dépendait essentiellement, selon elle, de *l'importance relative des produits couverts par l'entente par rapport à l'ensemble des mêmes produits écoulés sur le marché commun*. Les ententes de faible importance ont été régulièrement autorisées par la Haute Autorité. Ainsi, par exemple, le Comptoir *Helmstedter Braunkohlen-Verkauf G. m. b. H.* qui couvrait 8 % de la production de briquettes du marché commun (38), le Comptoir *Aachener Kohlen-Verkauf* couvrant seulement 2,3 % du marché de la houille, le Comptoir *Niedersächsischer Kohlenverkauf G. m. b. H.*, assurant la vente de 1 % de la houille et de 2,5 % des agglomérés de houille du marché commun (39). Dans certains cas cependant, l'autorisation a été assortie de conditions destinées à assouplir les clauses restrictives de concurrence. Il s'agissait d'ententes qui couvraient une partie relativement importante des produits écoulés sur le marché commun.

Dans l'affaire de l'*Oberrheinische Kohleunion (O.K.U.)*, un certain nombre de négociants en gros convenaient de s'entendre pour acheter en commun des combustibles auprès des sociétés minières des bassins d'Aix-la-Chapelle, de la Ruhr, de Sarre et de Lorraine, en vue de les revendre en Allemagne du sud (40). La décision d'autorisation n° 19-

(37) *Vereiniging van Fabriksleveranciers van Geslagen Schroot i.o.*, décision de refus : *J. O.* 1960, n° 40. L'accord avait pour objet la vente en commun de ferraille. Or, il n'existait aux Pays-Bas, à l'époque de la décision, que trois entreprises consommatrices de ferraille, distantes les unes des autres de cinquante kilomètres. Les vendeurs étaient situés dans le même périmètre et aucune répartition des commandes ne se justifiait.

(38) Décision d'autorisation 33-54 : *J. O.* 1954, p. 435.

(39) Décision d'autorisation 32-54 : *J. O.* 1954, p. 434; décision d'autorisation 34-54 : *J. O.* 1954, p. 436. — V. aussi, Société commerciale de sidérurgie; décision d'autorisation 11-56; *J. O.* 1956, p. 101, et Union Commerciale Belge de Métallurgie, décision d'autorisation 42-54 : *J. O.* 1955, p. 541.

(40) Cette organisation était issue directement de l'O.K.U. qui avait fonctionné jusque-là et qui comprenait, outre les négociants parties à la nouvelle organisation, les Sociétés minières des bassins intéressés, disposant de 41 % des voix : L'ancienne organisation constituait pratiquement le comptoir de vente exclusif des entreprises minières pour le sud de l'Allemagne. Aux termes des accords soumis à l'autorisation de la Haute Autorité, les entreprises minières des bassins d'Aix-la-Chapelle et de la Ruhr se retireraient immédiatement de l'organisation; les entreprises minières des bassins de Sarre et Lorraine devaient se retirer à l'expiration d'une période de transition (le retrait effectif fut constaté par la décision 31-59 : *J. O.* 1959, p. 697).

57 (41) constatait que l'O.K.U. n'était pas en mesure de déterminer les prix ni de contrôler les débouchés pour la vente en Allemagne du sud, car les prix des produits étaient fixés par les sociétés minières, étrangères à l'organisation, et les prix de vente étaient fixés par les négociants eux-mêmes et non par l'organisation. Cependant, la Haute Autorité constatait que l'O.K.U. couvrait 66,2 % du total des combustibles écoulés en Allemagne du sud et qu'elle donnait de ce fait aux négociants en gros intéressés une *influence considérable* sur le marché, leur permettant éventuellement de prendre des mesures contraires à l'article 4, b et d du Traité, c'est-à-dire des mesures de discrimination à l'égard des utilisateurs ou des pratiques tendant à l'exploitation des marchés. A cet effet, l'autorisation était assortie de charges et de conditions destinées à garantir l'indépendance des négociants non liés à l'entente et surtout de maintenir la puissance de l'organisation dans de justes limites. En particulier, obligation était faite à l'O.K.U. d'accepter comme nouvel associé, aux conditions prévues par les statuts, tout négociant en gros qui en ferait la demande et surtout de ne refuser aucune opération commerciale intéressant les bassins de la Communauté autres que ceux de la Ruhr, d'Aix-la-Chapelle, de Sarre ou de Lorraine. Ayant par la suite constaté que certains négociants parties à l'organisation étaient contrôlés par des sociétés minières, la Haute Autorité a imposé à l'O.K.U., par la décision 3-62 (42) de modifier ses statuts ou de prendre toute mesure utile pour que les négociants non liés aux entreprises minières disposent constamment de la majorité des parts de capital et des voix à l'assemblée générale de l'O.K.U.

De même, dans l'affaire du *Comptoir Belge des Charbons* (Cobechar), unissant toutes les sociétés minières des bassins belges, la Haute Autorité constatait que les accords conclus ne donnaient pas aux entreprises intéressées le pouvoir de déterminer les prix ni de contrôler la production ou les débouchés, en raison de la part revenant à la production belge dans l'extraction globale du marché commun et compte tenu de la situation géographique des bassins belges (43). Mais elle relevait cependant que la vente en commun conférait aux sociétés minières une *influence sur le marché*, qui leur donnait la possibilité d'adopter à l'encontre de leurs clients des mesures discriminatoires ou de répartition et d'exploitation des marchés. Elle soumettait en conséquence son autorisation à un ensemble de charges, de restrictions et de conditions énumérées à l'article 9 de la décision, relatives en particulier à la protection de l'indépendance des acheteurs (44).

(41) *J. O.* 1959, p. 352.

(42) *J. O.* 9 juill. 1962.

(43) Décision d'autorisation 30-56 : *J. O.* 1956, p. 295. — V. aussi, dans le même sens, la décision d'autorisation 1-63, relative au nouvel accord de vente en commun (*J. O.* 162/63).

(44) Art. 9-3°. — « Dans la mesure où les conditions de livraison des sociétés minières intéressées ou de Cobechar prévoient une livraison départ mine, départ port minier, départ port de Bruxelles, Gand, Liège ou Anvers, ni les sociétés minières

Dans l'affaire du *Westdeutsche Schrotteinkaufs-Vereinigung*, la Haute Autorité refusa d'autoriser l'entente conclue par 97 % des entreprises sidérurgiques d'Allemagne fédérale, entente qui avait pour objet l'achat en commun de la ferraille dont elles avaient besoin, ce qui représentait 40 % de la ferraille écoulée dans la Communauté. La Haute Autorité constatait simplement, dans sa décision 28-55 (45) que l'entente affectait une partie substantielle de l'ensemble des besoins d'achat de la Communauté et qu'elle disposait de ce fait du pouvoir de déterminer les prix.

352. — On est frappé, dans ces trois affaires, par la brièveté des motifs invoqués par la Haute Autorité. Certes, et cela est particulièrement net dans les décisions relatives à l'O.K.U. et à Cobechar, la Haute Autorité se livre à une étude détaillée des diverses clauses des ententes et à la recherche des effets que chacune d'entre elles peut entraîner sur l'indépendance économique des entreprises du marché commun. Sans doute certaines des conditions ou des restrictions qu'elle pose à l'admission de chacune des clauses revêtent-elles souvent un aspect très précis (46). Mais il semble que, pour elle, il n'existe aucune difficulté lorsqu'il s'agit de rechercher si une entente donne à ses membres le pouvoir de déterminer les prix, ou les soustrait à une concurrence effective, ou leur confère une certaine influence sur le marché. Il n'y a là que des expressions diverses d'un certain degré de puissance économique, directement lié à la taille des entreprises réunies au sein de l'entente. A partir de quel ordre de grandeur l'entente dispose-t-elle du pouvoir de déterminer les prix ou est-elle soustraite à une concurrence effective, c'est un point que la Haute Autorité apprécie souverainement. Telle semble être l'idée qui se dégage des diverses affaires examinées. Cette idée simple devait être mise en cause devant la Cour de Justice à l'occasion du comptoir de vente des entreprises de la Ruhr.

353. — L'arrêt rendu par la Cour de Justice des Communautés européennes le 18 mai 1962 dans l'affaire du Comptoir de vente unique des entreprises minières de la Ruhr est d'une importance considérable, car, pour la première fois, la juridiction communautaire a dû prendre parti sur les difficiles problèmes d'interprétation que pose l'article 65-2°. C'était la première fois en effet qu'une décision de refus d'autorisation rendue par la Haute Autorité sur le fondement

res intéressées, ni Cobechar ne peuvent empêcher l'acheteur d'enlever les combustibles et d'en assurer le transport par ses soins ou par ceux d'une entreprise par lui mandatée. »

ART. 9-4°. — « Lorsqu'un acheteur entend assurer lui-même le transport des combustibles achetés ou le confier à une entreprise par lui mandatée, ni les sociétés minières intéressées ni Cobechar ne peuvent faire des discriminations à l'égard de l'acheteur par rapport aux autres clients pour l'exécution du transport, notamment pour l'acceptation du tonnage de péniche. »

(45) Lettre de la Haute Autorité du 21 juill. 1955 (*J. O.* 26 juill.).

(46) V. en part. l'art. 6, 4°, 5° et 8° de la décision 19-57 précitée.

de l'article 65 était soumise à la censure de la Cour. L'arrêt mérite de retenir l'attention en raison tant des intérêts considérables qui étaient en présence que des questions doctrinales qui étaient en suspens (47).

La quasi-totalité des entreprises minières du bassin de la Ruhr, qui fournissent à la consommation intérieure de l'Allemagne fédérale 73 % de ses besoins en charbon, durent après la mise en vigueur du Traité modifier leur organisation antérieure. Elles se groupèrent alors en trois comptoirs de vente qui furent autorisés par la Haute Autorité le 15 février 1956, par application de l'article 65-2° (48). En outre, la Haute Autorité autorisait certains mécanismes financiers communs aux trois comptoirs (49). Les autorisations étaient provisoires et venaient à expiration le 31 mars 1959. Elles furent prorogées, sous la condition que certaines modifications seraient apportées aux ententes, par la décision du 18 février 1959, jusqu'au 31 mars 1960, puis par la décision du 22 juin 1960 pour une période dont la Haute Autorité se réservait de fixer ultérieurement le terme (50).

Mais, parallèlement à cette organisation, les entreprises intéressées avaient, dès la fin de l'année 1959, soumis à l'autorisation de la Haute Autorité de nouveaux accords relatifs à une vente en commun de leurs produits par l'intermédiaire d'une organisation unique de vente. L'autorisation fut d'abord refusée le 10 février 1960 puis, sur nouvelle demande, par la décision 16-60 du 22 juin 1960 (51). Les trois comptoirs précédemment autorisés, auxquels se joignaient les trente-huit entreprises intéressées, agissant en leur nom propre, formèrent alors devant la Cour de Justice un recours tendant à l'annulation de cette dernière décision, en application de l'article 33 du Traité.

Les intérêts pratiques en présence étaient considérables. Il s'agissait pour les entreprises en cause de substituer aux trois comptoirs *Geitling, Präsident et Mausegatt* un comptoir unique, la *Ruhrkohle Verkaufsgesellschaft m. b. H.* Outre un certain nombre de clauses de caractère technique ou d'importance secondaire, l'entente comportait trois points essentiels :

— Un accord d'exclusivité, par lequel les adhérents s'engageaient à faire vendre par le comptoir la totalité de leur production, sous réserve de certains tonnages dits « réservés », correspondant essentiellement à leur consommation propre, aux livraisons faites à des entreprises intégrées et aux ventes locales.

— Un accord de répartition, pour toutes les commandes de coke,

(47) Affaire 13-60 Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr, *Geitling, Mausegatt et Präsident c. H.A.* : *Rec. des arrêts de la Cour*, T. VIII, p. 169.

(48) Décision d'autorisation 5-56 (Comptoir *Geitling G.m.b.H.*) : *J. O.* 1956, p. 29; 6-56 (Comptoir *Präsident G.m.b.H.*) : *J. O.* 1956, p. 43; 7-56 (Comptoir *Mausegatt G.m.b.H.*) : *J. O.* 1956, p. 56.

(49) Décision d'autorisation 8-56 : *J. O.* 1956, p. 70.

(50) Décision d'autorisation 17-59 : *J. O.*, p. 297, et 17-60 : *J. O.* 1960, p. 1028.

(51) Décision 16-60 : *J. O.* 1960, p. 1014.

selon des tonnages de base, assorti d'un système de compensation en cas de sous-emploi de certaines entreprises.

— Un accord de fixation de prix par l'assemblée générale de la Ruhrkohle Verkaufs-G.m.b.H., statuant à la majorité simple, chaque tranche entamée de 100 000 tonnes de production déclarée donnant droit à une voix.

Selon les intéressés, la vente en commun était économiquement nécessaire. La mévente persistante du charbon, la présence de puissants concurrents et l'apparition sur le marché de produits de substitution tel que le fuel rendaient nécessaire l'exclusion de toute concurrence entre les sociétés minières du bassin de la Rhur. Il fallait réaliser une adaptation pour éviter les conséquences désastreuses de la mévente, il fallait affronter la concurrence extérieure, il fallait enfin empêcher entre les entreprises une concurrence préjudiciable sur le plan social et économique.

Par sa décision 16-60, la Haute Autorité constatait que, de toute évidence, le Comptoir projeté tombait sous le coup de l'article 65 CECA, mais elle refusait de l'autoriser. Certes, on pouvait estimer que l'accord contribuerait à une amélioration notable dans la distribution, ce qui réalisait la condition prévue par l'article 65-2°-a, mais il apparaissait à la Haute Autorité qu'aucune des conditions prévues à l'article 65-2°-b et c n'étaient remplies. D'une part il n'était pas établi suffisamment que l'accord fût essentiel pour obtenir le résultat recherché. D'autre part, la Haute Autorité estimait qu'un comptoir unique était susceptible de donner aux entreprises intéressées le pouvoir de déterminer les prix, contrôler ou limiter la production ou les débouchés, d'une partie substantielle des produits en cause dans le marché commun. En fait, l'essentiel de la décision se rapportait au pouvoir qu'aurait détenu le composit unique de *déterminer les prix d'une partie substantielle des produits en cause dans le marché commun*. Selon une interprétation logique de l'article 65-2°, l'existence, constatée par la Haute Autorité, de ce pouvoir, rendait toute autorisation impossible, quels que fussent par ailleurs les avantages de l'entente au point de vue économique.

C'est ici qu'apparaissait l'intérêt doctrinal de la discussion; il s'agissait de rechercher en quoi consiste exactement le « pouvoir de déterminer les prix » et ce qu'il faut entendre par « partie substantielle des produits en cause dans le marché commun », au sens de l'article 65. Sur ce point, deux interprétations, radicalement différentes, s'opposaient.

354. — Selon une première interprétation, le pouvoir de déterminer les prix doit s'entendre d'un pouvoir au sens juridique du terme, d'un pouvoir de décision. Des industriels indépendants, qui sont en concurrence, établissent séparément les prix auxquels ils offrent leurs produits, mais lorsqu'ils se groupent au sein d'un comptoir de vente, ils transfèrent ce pouvoir à l'organe central. Les prix établis par ce dernier s'imposent à tous les adhérents. Dans ce sens, on peut dire que

toute entente de fixation de prix détient le pouvoir de déterminer les prix que devront respecter les membres de l'entente. L'existence d'un pouvoir de déterminer les prix est alors à rechercher dans les relations qui unissent les entreprises au sein de l'entente.

Selon cette interprétation toujours, toutes les ententes qui ont pour objet la détermination des prix ne sont pas automatiquement interdites par l'article 65. Seulement, l'autorisation ne pourra pas leur être accordée lorsqu'elles intéressent, en fait, une partie substantielle des produits en cause dans le marché commun. Deux conditions sont donc nécessaires pour que l'autorisation puisse être légitimement refusée sur la base de l'article 65-2°-c.

1° Que l'entente ait pour objet l'établissement de prix de vente uniformes pour les produits ou catégories de produits qu'elle recouvre;

2° Que ces produits ou catégories de produits constituent une partie substantielle de ceux qui sont écoulés sur le marché commun.

On peut dire que, selon cette interprétation, l'article 65-2°-c a pour but d'interdire purement et simplement les ententes de fixation de prix ou de vente en commun d'une trop grande envergure.

C'est cette interprétation que la Haute Autorité semble avoir adoptée dans la plupart de ses décisions et qu'elle a reprise en particulier dans sa décision 16-60. Examinant tour à tour les deux conditions précitées, mais dans un ordre inverse, la Haute Autorité établissait d'abord que les produits charbonniers couverts par le Comptoir unique représentaient une partie substantielle de ceux qui étaient écoulés sur le marché commun. Elle constatait que les parts des demandeurs dans l'ensemble des tonnages écoulés dans la Communauté étaient de 34,3 % pour la houille, de 26,1 % pour les agglomérés de houille et de 36,8 % pour le coke de houille. Ces chiffres montraient à eux seuls que la part des demandeurs pouvait être considérée comme substantielle (52).

Ensuite, l'entente disposait-elle du pouvoir de déterminer les prix ? Oui, car pour la Haute Autorité, la détermination des prix consistait dans l'établissement des barèmes et des conditions de vente que les intéressés fixaient conjointement et uniformément pour les produits écoulés par le comptoir unique (53). La Haute Autorité décidait en effet que, pour l'interprétation des termes « pouvoir de déterminer les prix », « ... l'élément décisif est le fait que tous les intéressés sont tenus de respecter les prix fixés selon les modalités convenues ». Finalement, elle pouvait déclarer que,

(52) Décision 16-60 : *J. O.* 1960, p. 1022.

(53) Décision 16-60 : *ibid.*, p. 1022. L'existence de « tonnages réservés », destinés aux ventes locales et aux livraisons aux entreprises intégrées, ne modifiait en rien ce pouvoir. Les accords prévoyaient expressément que les prix fixés par l'entente devaient s'appliquer aux ventes locales effectuées indépendamment par les entreprises. Quant aux livraisons faites aux entreprises intégrées, le principe de non-discrimination posé par le Traité interdisait de leur appliquer des tarifs inférieurs à ceux prévus par le barème commun.

« La détermination des prix par l'organisme de vente en commun porte, par conséquent, sur l'ensemble des tonnages des produits des intéressés écoulés sur le marché commun et, par là même, sur une partie substantielle des produits en cause dans le marché commun » (54).

L'interprétation retenue avait le mérite de la simplicité, mais trouvait-elle un soutien juridique ? La Haute Autorité — cela ressort de ses moyens de défense devant la Cour — pensait le trouver dans l'esprit de l'article 65. La règle étant l'interdiction des ententes et l'autorisation étant l'exception, l'article 65-2°-c concourrait à l'interdiction des ententes et devait être compris largement, c'est-à-dire systématiquement. Il opposait une barrière infranchissable à l'autorisation de certaines restrictions de concurrence considérées en tant que telles (55).

355. — C'est à un point de vue totalement différent que se plaçaient les entreprises en cause. Pour elles, la règle était celle de l'autorisation des ententes utiles telles que les définit l'article 65-2°-a et b. L'exception était l'interdiction de certaines ententes utiles lorsqu'elles remplissent la condition posée à l'article 65-2°-c, et on devait l'interpréter restrictivement.

L'interprétation restrictive consiste à mettre en lumière la différence fondamentale qui sépare le « pouvoir de fixer les prix » au « pouvoir de déterminer les prix ». Alors que le premier s'entend d'un pouvoir de nature juridique, le second consiste en un pouvoir de fait, celui de déterminer arbitrairement les prix pratiqués sur le marché, aussi bien par les adhérents que par leurs concurrents. Ainsi, la notion de pouvoir de déterminer les prix aurait un contenu différent selon qu'on l'interprète dans le contexte de l'article 65-1° ou dans celui de l'article 65-2°. Il se peut que le comptoir de vente reçoive le pouvoir de fixer les prix que devront respecter les adhérents, et il constitue alors une entente au sens de l'article 65-1°, mais il se peut aussi que pour fixer ces prix il ne soit pas maître de sa décision en fait et qu'il doive prendre en considération le prix que « détermine » l'équilibre du marché (56).

Dans cette optique, l'article 65-2°-c doit être interprété comme excluant toute possibilité d'autorisation pour les seules ententes qui

(54) *Ibid.*, p. 1023.

(55) Arrêt du 18 mai 1962 : *Rea*, p. 190. « L'autorisation exceptionnelle donnée à un accord de cartel ne peut en aucune façon être accordée lorsque les effets de cet accord peuvent intéresser une « partie substantielle des produits en cause », car le marché serait par là soustrait au jeu de la concurrence dans une mesure telle que la limite absolue fixée à l'interdiction d'un cartel sur le marché se trouve alors atteinte. »

(56) Arrêt du 18 mai 1962 : *Rec.*, p. 194. « Les requérantes sont d'avis que la Ruhrkohle Verkauf-G.m.b.H. n'a pas le « pouvoir de déterminer les prix », car elle ne peut choisir de manière indépendante son niveau de prix pour une partie substantielle de ses ventes. L'influence que la fusion en un organisme de vente en commun peut, de par sa nature, avoir sur les prix, du fait qu'elle élimine la concurrence entre les membres du cartel, n'a rien à voir avec la question de savoir si le cartel, en tant que tel, a le pouvoir matériel de déterminer sur le marché les prix des produits qu'il écoule. »

dominent le marché à un point tel, qu'elles sont soustraites à toute concurrence et qu'elles deviennent réellement maîtresses des prix pratiqués sur ce marché. Dès lors, il ne suffit plus de montrer qu'une entente de fixation de prix couvre une partie substantielle des produits en cause, mais plutôt que pour une partie substantielle des produits en cause elle se trouve en fait soustraite à toute concurrence. Finalement, le pouvoir de déterminer les prix d'une partie substantielle des produits en cause doit s'apprécier non pas d'une manière quantitative, en recherchant quel pourcentage des produits représente la part couverte par l'entente, mais d'une manière *qualitative*, en recherchant si, du fait de l'entente, une partie substantielle des produits est ou non soustraite au jeu de la concurrence (57). Les entreprises minières de la Rhur faisaient grief à la Haute Autorité d'avoir ignoré cette interprétation. Sa décision constituait une violation du Traité; elle était également entachée de violation des formes substantielles, puisque sa motivation, fondée sur un critère purement quantitatif, était insuffisante.

A vrai dire, dans sa décision 16-60, la Haute Autorité n'avait pas totalement ignoré l'interprétation dont les entreprises faisaient état. Seulement, un examen attentif de la décision montre qu'elle ne s'y était référé que d'une manière très superficielle. D'abord, elle n'avait répondu à l'argument des demandeurs qu'à titre subsidiaire :

« Considérant que la Haute Autorité ne méconnaît pas, pour certaines catégories de charbon, l'influence exercée sur la concurrence par des offres en provenance des pays tiers et par des offres d'autres formes d'énergie; qu'elle a par conséquent examiné cette influence tout en laissant ouverte la question de savoir si cet examen est nécessaire dans le cadre de l'art. 65-2°-c du Traité, ou si les constatations formulées plus haut... ne sont pas au contraire insuffisantes... »

Ensuite, même à titre subsidiaire, la Haute Autorité ne répondait pas exactement à l'argumentation des demandeurs. Elle ne recherchait pas si un comptoir unique aurait exclu nécessairement toute concurrence sur une partie substantielle du marché commun, elle se contentait d'affirmer que la concurrence qui aurait subsisté eût été insuffisante pour contrebalancer l'influence du comptoir. Pour le démontrer, elle procédait à une comparaison de l'importance respective de l'ensemble des entreprises unies au sein de l'entente et des entreprises concurrentes. Le litige restait donc entier.

356. — Après avoir examiné les deux thèses opposées, on était en droit de se demander si la querelle n'était pas d'ordre formel. La dis-

(57) Arrêt du 18 mai 1962 : *Reo*, p. 176. « La Haute Autorité néglige l'élément qualitatif du pouvoir de déterminer les prix et fait dériver celui-ci uniquement de certains quotas et notamment du fait qu'elles écoulent 80 % du total de leurs ventes dans la République fédérale et couvrent 21,1 % des besoins de la consommation de houille en Allemagne et également du fait que les ventes, dans la République fédérale, représentent, pour la houille, 59 % et pour le coke de houille, 48,5 % des ventes réalisées sur le marché commun. Ainsi se trouve manifestement méconnue la notion de « pouvoir de déterminer les prix »; ce pouvoir ne peut jamais résulter de simples chiffres. »

inction proposée entre la « fixation » des prix et la « détermination » des prix repose-t-elle sur une base solide ? Si, comme on l'affirme, le comptoir unique ne fait que fixer les prix au niveau que lui dicte l'équilibre du marché, quel peut être son intérêt, puisque, de toute manière, ce niveau se serait imposé de la même façon aux entreprises indépendantes ? Si l'on tient tant à ce que les prix soient fixés par l'entente, n'est-ce pas justement parce que celle-ci, par les modifications qu'elle fait subir à l'offre globale, est susceptible d'agir sur le niveau des prix ? Ainsi, toute entente de fixation de prix n'aurait pas pour seul objet de restreindre la concurrence entre les adhérents, mais également de jouer un rôle effectif dans la détermination des prix sur le marché. Vue sous cet angle, la distinction qui est à la base de la controverse s'estompe considérablement.

En fait, comme on n'a pas manqué de le montrer en doctrine, une telle manière de voir les choses serait simpliste. Elle repose sur le schéma, unanimement repoussé aujourd'hui, d'une concurrence parfaite. La thèse des entreprises minières de la Ruhr se référerait tacitement à une argumentation, déjà connue en droit américain anti-trust (58), qu'il convient de rappeler brièvement.

Sur un marché moderne, fait-on observer, la référence au pouvoir dont dispose une entreprise de quelque importance de déterminer les prix, n'a pas grande signification. Sur un marché d'oligopole, en particulier, il est admis que toute entreprise dispose en réalité du pouvoir de déterminer ses prix. Sur le plan de la formation des prix, il n'existe pas de frontière nette entre un marché soumis à un monopole et un marché de concurrence; le pouvoir de déterminer les prix n'est pas lié à un pouvoir de monopole. Dans cette vue, l'article 65-2°-c, ne peut pas s'interpréter comme condamnant systématiquement les ententes qui couvrent une partie substantielle des produits en cause et qui ont le pouvoir d'influencer les prix de ces produits. Il ne peut se comprendre que dans le sens d'une interdiction absolue des ententes qui disposent d'une *position dominante* telle qu'elle leur permette de contrôler arbitrairement les prix. C'est donc essentiellement à la notion de position dominante qu'il faut faire appel. Lorsque l'on connaît la définition que donne le paragraphe 22 GWB de la position dominante sur le marché — situation d'une entreprise qui n'a pas de concurrent ou qui se trouve en face d'une concurrence peu importante (59), — on comprend pourquoi les entreprises minières de la Ruhr faisaient grief à la Haute Autorité de n'avoir point recherché si le comptoir unique se serait trouvé ou non en face d'une concurrence de quelque importance (60). On comprend également pourquoi, selon les entreprises,

(58) GABRIEL, *Zur Interpretation des art. 65 des Montanvertrages*, Weltwirtschaftliches Archiv, 1961, p. 1 et s.

(59) Parag. 22-1°. « Soweit ein Unternehmen für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ohne Wettbewerber ist oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist, ist es marktbeherrschend im Sinne dieses Gesetzes. »

(60) Arrêt du 18 mai 1962 : *Rec.*, p. 199. « Attendu que cette affirmation est exprimée notamment dans la requête sous la forme suivante : — celui qui se borne

l'application de l'article 65-2°-c commandait la recherche non seulement des éléments *quantitatifs*, comme celui de la grandeur des ventes communes, mais encore celle des éléments *qualitatifs*, c'est-à-dire de tous les éléments déterminants pour situer le pouvoir de monopole du comptoir sur le marché.

Finalement, la différence séparant les positions respectives de la Haute Autorité et des entreprises minières, loin d'être de pure forme semblait irréductible. Pour la Haute Autorité, le pouvoir de déterminer les prix commençait avec la confection en commun des listes de prix; pour les entreprises, il ne pouvait être prouvé qu'à l'issue d'une analyse approfondie des conditions du marché, donnant la certitude que, sur une partie substantielle du marché commun, le comptoir de vente ne trouvait en face de lui aucune concurrence de quelque importance. Deux conceptions de l'article 65-2°-c s'opposaient ainsi diamétralement. Pour les uns, cette disposition visait à protéger la concurrence contre certaines atteintes, jugées *a priori* d'une certaine gravité. Pour les autres, elle ne visait qu'à rendre impossible une exclusion totale et effective de toute concurrence.

Dans son arrêt du 18 mai 1962, la Cour de Justice des Communautés rejette la demande en annulation formée contre la décision 16-60. Est-ce à dire qu'elle fait sienne la thèse de la Haute Autorité? Non, car elle substitue ses propres motifs à ceux qu'invoquait cette dernière. Ce n'est qu'en utilisant les faits constatés par la décision 16-60 que la Cour peut rejeter la demande en annulation. Est-ce à dire que, sur le strict plan du droit, elle adopte la thèse des demandeurs? Pas exactement, car si elle reprend à son compte le début de leur argumentation, elle ne va pas cependant jusqu'à admettre les conséquences extrêmes qu'ils pensaient pouvoir en tirer.

357. — 1° L'arrêt confirme l'existence d'une distinction fondamentale entre les notions de pouvoir de fixer les prix et pouvoir de déterminer les prix.

Tout d'abord, cette distinction est dictée par l'article 65 lui-même. L'article 65-1° stipule que sont interdits tous accords tendant à fixer ou déterminer les prix et l'article 65-2° précise que la Haute Autorité peut autoriser certains accords, mais sous réserve notamment qu'ils ne soient pas susceptibles de donner aux entreprises le pouvoir de déterminer les prix. Le texte ne peut se comprendre qu'en admettant une différence entre les deux paragraphes.

Mais ceci admis, il est impossible de trouver dans le Traité l'explication de cette différence. En quoi consiste-t-elle? Le Traité ne le dit pas. L'examen grammatical des mots *fixer* et *déterminer* n'apporte aucune lumière. La Cour adopte alors la distinction proposée par les en-

à enregistrer les résultats dus à l'action des données du marché sur le niveau des prix, fixe à vrai dire les prix, mais il ne les détermine pas. Ce n'est pas cette fixation formelle des prix qu'interdit le parag. 2-c, mais seulement la puissance effective qui permet de déterminer les prix indépendamment du marché. »

treprises, car elle est de nature à fournir l'explication nécessaire. En outre, la distinction proposée se trouve indirectement confirmée par l'article 85-3° CEE, qui présente avec l'article 65 CECA une « communauté d'inspiration » (61). Enfin, elle ne contredit pas les articles 2 et 5 CECA. Il est donc établi, aux termes de l'arrêt, que « les requérantes étaient fondées à faire état dans leur argumentation, d'une distinction entre pouvoir de fixer les prix et pouvoir de les déterminer ».

Quelle est la portée de cette distinction ? Là encore, l'interprétation admise par la Cour est sensiblement celle des entreprises.

— Le pouvoir de fixer les prix est, pour celui qui en bénéficie une situation objective, résultant d'une structure institutionnelle aisée à constater.

— Le pouvoir de déterminer les prix est, en revanche, « plus ou moins équivalent » à celui dont disposeraient les entreprises dans un régime où la concurrence aurait été éliminée. Il consiste en la faculté d'établir les prix à un niveau sensiblement différent de celui auquel ils se seraient établis sous le seul effet de la concurrence.

Ainsi se trouve ouvertement contredite l'affirmation de la Haute Autorité dans sa décision 16-60 selon laquelle on pouvait laisser en suspens la question de savoir si l'examen de l'influence exercée sur la concurrence par des entreprises autres que celles appartenant à l'entente était nécessaire dans le cadre de l'article 65-2°-c. Pour la Cour dont l'interprétation est souveraine en cette matière, l'examen évoqué est au contraire nécessaire pour justifier l'application de l'article 65-2°-c.

358. — 2° Comment décider qu'une entente dispose ou non du pouvoir de déterminer les prix ?

La Cour discerne deux critères complémentaires.

a) Le premier critère est relatif aux *prix*. Il s'agit de rechercher si l'entente dispose d'une certaine marge de liberté pour l'établissement des prix communs. La Cour effectue cette recherche parmi les éléments internes et externes à l'entente.

Selon elle, l'influence interne du comptoir unique, c'est-à-dire la limitation de concurrence entre les membres de l'entente, entraîne un certain pouvoir de déterminer les prix, pouvoir dont l'ampleur dépend évidemment de la masse de production soumise aux décisions de l'organisation de vente en commun.

Mais ce pouvoir resterait virtuel si la concurrence externe obli-

(61) ART. 85-3° CEE. — « Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables :

- à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,
- à toute décision ou catégorie de décisions d'association d'entreprises et
- à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès économique ou technique... sans... b) donner à ces entreprises la possibilité pour une partie substantielle des produits en cause d'éliminer la concurrence.

geait l'organisation à fixer ses barèmes « au-dessous du niveau le plus bas auquel la concurrence mutuelle des entreprises du bassin de la Ruhr les eût fixés ». Il convient donc de rechercher si cette concurrence externe laisse ou non au comptoir une marge de liberté dans la fixation de ses prix. La Cour trouve dans les faits qu'avait constatés la Haute Autorité des raisons suffisantes pour estimer que le Comptoir disposait de cette marge de liberté. La concurrence du charbon des pays tiers ne « constitue pas une barrière immuable qui priverait d'une certaine marge de manœuvre la politique de prix de l'organisation de vente en commun des sociétés minières ». De même, « la concurrence du fuel, si vive et si croissante qu'elle soit, ne prive pas l'organisation de vente d'une certaine marge de liberté dans le choix de ses barèmes ».

b) Le second critère se trouve dans la *structure du marché et l'importance relative des firmes*. La Cour ne méconnaît pas en réalité que le premier critère, celui de la marge de liberté dans l'établissement des prix, est insuffisant pour qualifier le pouvoir de déterminer les prix. Reprenant les très grandes lignes de la théorie du marché d'oligopole, la Cour admet que « dans pareil marché, les producteurs ne sont pas soustraits à la concurrence de leurs rivaux, mais qu'ils exercent, en raison de leurs dimensions, une influence non négligeable sur les prix du marché et sont, de ce fait, conduits à une véritable politique de vente ». En fait, elle constate, avec les requérants, que le prix du charbon des pays tiers n'est pas un prix de marché, mais un prix raisonné, fixé dans le cadre d'une stratégie conquérante. De même, les prix du fuel établis par l'industrie pétrolière, qui pratique une concurrence de substitution, sont des prix dirigés, différents selon les zones de vente auxquelles ils s'appliquent.

La Cour tient donc pour établi que, « sur le marché de l'énergie, aucun des vendeurs ne se trouve placé devant des prix de marché immuables, mais chacun d'eux s'attache à les déterminer et dans une mesure large, mais variable suivant les circonstances de fait, y réussit ». Et, d'une manière plus précise, elle estime que « sur pareils marchés, le pouvoir de fixer les prix ne se heurte pas, comme il le ferait, en cas de concurrence parfaite, à la barrière immuable des prix du marché, mais dispose d'une zone de manœuvre, aux limites imprécises, à l'intérieur desquelles le pouvoir qui fixe les prix peut choisir le niveau auquel il les « établit ». Dans un tel marché, chacun des oligopolistes dispose d'un certain pouvoir de déterminer les prix.

Mais, ayant jusque là suivi la thèse des requérants, la Cour s'en écarte dans la partie finale de son interprétation.

359. — 3° Quelle est, en effet, la signification exacte de l'article 65-2°-c ?

Les entreprises soutenaient que, sur un marché d'oligopole, la liberté dont dispose une entreprise de fixer ses prix est sans signification et que, par conséquent, l'article 65-2°-c tend seulement à interdire la formation d'ententes dominantes, ne subissant aucune concu-

rence véritable. La Cour refuse d'aller jusque là. En s'appuyant sur l'article 2 CECA qui impose « l'établissement progressif des conditions assurant par elles-mêmes la répartition la plus rationnelle de la production au niveau de productivité le plus élevé... » elle décide que l'article 65 a pour objet « *de sauvegarder une certaine dose de concurrence* dans le régime de concurrence imparfaite qui est celui du charbon et de l'acier ». L'article 65-2°-c en interdisant les ententes qui disposent du pouvoir de déterminer les prix d'une partie substantielle des produits en cause dans le marché commun, ne vise pas uniquement à interdire certaines ententes soustraites à toute concurrence sur le marché commun, il postule le maintien d'une certaine dose de concurrence sur ce même marché, indispensable pour que soient respectées les exigences fondamentales énumérées aux articles 2, 3, 4 et 5 du Traité.

La Cour apporte alors sur ce point deux précisions importantes.

a) C'est la Haute Autorité qui est juge des conditions propres à assurer cette dose de concurrence indispensable. La Haute Autorité a estimé que la dose de concurrence indispensable ne serait pas sauvegardée par l'organisation de vente en commun et,

« La Cour ne voit aucune raison d'admettre qu'en imposant le maintien d'une dose minimum de concurrence à l'intérieur du bassin de la Ruhr, la Haute Autorité n'a pas respecté la lettre et l'esprit du Traité et notamment les obligations que lui imposent les art. 2, 4 et 5. »

b) L'appréciation de cette dose de concurrence doit s'appuyer sur une étude de la structure du marché et, plus précisément, sur une recherche

« Des dimensions à partir desquelles la *masse des offres* soumises à la juridiction d'une entente constitue une partie tellement substantielle des produits en cause dans le marché commun, qu'elle rend imparfaite la concurrence au point de porter atteinte à la finalité du Traité. »

Sur un marché d'oligopole comme celui du charbon et de l'acier, cette recherche doit porter sur l'importance relative des entreprises dans la structure de la concurrence. C'est donc finalement le critère de la *taille* qui est retenu par l'arrêt du 18 mai 1962. Pour refuser ou autoriser une entente de fixation de prix, la Haute Autorité doit avoir en vue la dimension des firmes en présence sur le marché considéré. La Haute Autorité est alors juge de la structure du marché qu'elle estime la plus propre à réaliser les buts du Traité. Elle doit faire en sorte que des entreprises de tailles comparables se trouvent en présence sur le marché du charbon ou de l'acier.

En l'espèce, la Haute Autorité n'avait pas procédé à une étude suffisamment approfondie de la structure du marché. Cependant, pour la Cour, l'importance relative du comptoir unique en face de ses autres concurrents ne prêtait pas à discussion, car la disproportion entre la dimension du bassin de la Ruhr et celle des autres bassins de la

Communauté était tellement évidente, qu'elle justifiait suffisamment le refus d'autorisation (62).

360. — L'apport de l'arrêt du 18 mai 1962 ne saurait donc être négligé. Il montre que l'autorisation ou le refus d'autorisation d'une entente de spécialisation, d'achat ou de vente en commun ne peut pas résulter d'un simple examen des clauses de l'entente. Il faut rechercher les effets véritables de celle-ci. Il faut apprécier autant les avantages qu'elle comporte pour la production et la distribution, que la mesure dans laquelle elle porte atteinte aux conditions de concurrence, sur l'ensemble du marché. Cette atteinte effective aux conditions de concurrence doit être appréciée de la manière la plus concrète, en procédant en particulier à une analyse de la structure du marché.

Ce point de vue très réaliste ne va pas cependant jusqu'à conférer à la Haute Autorité un pouvoir quasi-discrétionnaire d'autorisation des ententes lorsque le bilan économique de celles-ci s'avère positif. L'article 65 demeure un texte normatif, dans la mesure où il traduit un choix opéré par les rédacteurs du Traité. Ce choix, dont ni la Haute Autorité, ni la Cour de Justice ne sont juges, leur impose de ménager, en tout cas, une certaine structure concurrentielle du marché. L'article 65-2°-c pose ainsi une limite aux possibilités d'autorisation des ententes utiles et garantit l'existence, sur le marché commun, d'unités de production de dimensions sensiblement comparables. Il semble qu'un même esprit anime sur ce point, ainsi que l'a fait remarquer la Cour de Justice dans son arrêt du 18 mai 1962, l'article 85 CEE.

§ 3. — *L'appréciation des ententes par la Commission de la CEE*

361. — Les ententes qui ne sont pas frappées d'une interdiction absolue, peuvent faire l'objet de la part de la Commission d'une décision d'application de l'article 85-3°. Ces ententes, bien qu'elles soient, par définition, susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et bien qu'elles aient pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, seront reconnues compatibles avec le marché commun. Telle est la portée de la décision d'application de l'article 85-3°, telle qu'elle résulte de l'article 85 lui-même et du Premier Règlement d'application (63).

L'article 85-3° pose quatre conditions nécessaires à cette déclaration d'application. On ne peut manquer de remarquer un certain paral-

(62) A la suite de l'arrêt du 18 mai 1962, les entreprises minières ont présenté à la Haute Autorité une demande d'autorisation concernant la création de deux comptoirs de vente, en remplacement de l'ancienne organisation. Cette autorisation a été accordée, au prix de certaines conditions et charges, par les décisions 5-63 (*Geitling*) et 6-63 (*Präsident*), en date du 20 mars 1963 (*J. O.* 1173-63 et 1191-63, rectif. *J. O.* 1528-63).

(63) V. règlement n° 17, art. 1, 6, 8 et 9.

lélisme entre ces conditions et celles que pose l'article 65-2° pour l'autorisation des ententes tombant sous le coup du Traité CECA.

1° Deux de ces conditions sont positives.

En premier lieu, l'entente doit :

- contribuer à améliorer la production, ou
- contribuer à améliorer la distribution, ou
- promouvoir le progrès technique, ou
- promouvoir le progrès économique.

Il est vraisemblable que la plupart des ententes pourront, à des degrés divers, justifier ces effets. La formulation très générale de cette condition laisse évidemment à la Commission une large marge d'appréciation, mais aussi vaste que soit sur ce plan la possibilité d'autorisation, elle se trouve notablement limitée par la deuxième condition.

En second lieu, l'entente doit en effet réserver aux utilisateurs une partie équitable du profit qui résulte des améliorations prévues. Cette importante condition n'est pas prévue par l'article 65 CECA. Il ne suffit pas que l'entente profite à ses seuls membres, elle doit obligatoirement bénéficier aux utilisateurs. Que faut-il entendre par profit ? S'il s'agit d'un profit au sens pécuniaire, un rapprochement ne manque pas de s'imposer avec l'interprétation que la Commission technique des ententes a donnée de l'article 59 *ter* de l'ordonnance 45-1483. Selon la Commission technique, une entente ne saurait en effet être admise si l'abaissement des prix de revient qui résulte de la rationalisation, de la spécialisation ou du progrès économique ne se traduit pas par un abaissement des prix de vente (64). Il se peut cependant que la Commission n'exige qu'un profit au point de vue de la qualité du service rendu (65).

2° Les deux autres conditions sont négatives.

D'abord, l'entente ne doit pas imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre les objectifs prévus. De même, l'article 65 CECA impose que l'accord en cause soit essentiel pour obtenir les effets prévus sans qu'il soit d'un caractère plus restrictif que ne l'exige son objet. De même, la Commission technique des ententes a estimé que les effets favorables d'une entente devaient être proportionnés à la restriction de concurrence qu'elle entraînait. Cette condition est peut-être, sur le plan pratique, la plus importante de toutes, car elle impose à la Commission de se livrer à un véritable bilan des effets de l'entente (66). Elle conduira également la Commission à ne pas soumettre une entente à un régime

(64) V. *supra*, n° 342.

(65) Dans ce sens, WOHLFARTH, EVERLING, GLAESNER, SPRUNG, *Kommentar*, précit., p. 249.

(66) L'importance et le caractère détaillé des renseignements qui sont exigés des entreprises à l'occasion de la notification — les formules de notification mises actuellement à la disposition des entreprises en témoignent — semblent indiquer que la Commission entend s'engager dans cette voie.

unique, mais à distinguer les diverses clauses restrictives de concurrence qui composent un accord et à prendre des mesures, charges ou conditions, spéciales à chacune d'entre elles. La Commission devra surtout évaluer la portée exacte de la restriction de concurrence et pour cela procéder à une étude technique des conditions du marché qu'intéresse l'entente.

Ensuite, l'entente ne doit pas donner à ses membres la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence. Cette disposition correspond, en une formule beaucoup plus condensée, à celle de l'article 65-2°-c CECA, telle que l'a interprétée la Cour de justice dans son arrêt du 18 mai 1962. Il est certain qu'il existe sur ce point une communauté d'inspiration entre les deux textes, et la Cour de Justice n'a pas manqué, on le sait, de s'en prévaloir (67). On est en droit cependant de se demander si les deux textes coïncident exactement. En adoptant de la position dominante une définition proche de celle que donne le paragraphe 22 GWB, on pourrait soutenir avec beaucoup de vraisemblance que l'article 85-3° a seulement pour but d'empêcher la formation, par voie d'entente, de positions dominantes sur le marché. Cette interprétation serait, apparemment, la plus conforme au texte, puisque celui-ci utilise l'expression « possibilité d'éliminer la concurrence » (68). Il est cependant plus vraisemblable que la Commission se ralliera à un point de vue proche de celui qui a été adopté par la Cour de Justice à propos de l'article 65-2°-c CECA. Dans cette vue, l'article 85-3°-b posera une limite à la possibilité d'admission des ententes utiles en imposant que soit, en toute hypothèse, sauvegardée sur le marché commun une « certaine dose de concurrence minima ». Cette interprétation conduirait la Commission, non pas seulement à interdire la formation de puissances dominantes, mais encore à maintenir sur le marché des puissances économiques d'importances comparables.

Semblable en cela à l'article 65 CECA et à l'article 59 *ter* de l'ordonnance 45-1483, l'article 85-3° impose donc la recherche et l'appréciation la plus concrète des effets de l'entente sur le marché. La Commission dispose ainsi d'une certaine liberté pour fixer la politique exacte qu'elle entend suivre. Seule sa jurisprudence future pourra nous renseigner sur l'orientation précise de cette politique.

On remarquera que les ententes relatives au secteur agricole font l'objet d'un régime dérogatoire : l'interdiction portée par l'article 85-1° peut être déclarée inapplicable, non seulement par le jeu de l'article 85-3°, mais encore par celui de l'article 2-1° du règlement n° 26 (69). Cette dernière disposition vise les accords, décisions et pra-

(67) V. *supra*, n° 357.

(68) Sur ce point, SCHUMACHER, *Réflexions sur l'interdiction des ententes visées par l'art. 85 du Traité instituant la C.E.E.* : *Dr. soc.* 1961, 65.

(69) Règlement n° 26 du Conseil, en date du 4 avril 1962 (*J. O.* 1962, p. 993), portant application de certaines règles de concurrence à la production et au commerce des produits agricoles.

tiques relatifs à la production ou au commerce des produits énumérés à l'annexe II du Traité et

— qui font partie intégrante d'une organisation nationale de marché,

— ou bien qui sont nécessaires à la réalisation des objectifs énoncés à l'article 39 du Traité.

Le texte mentionne comme un cas particulier d'entente bénéficiant de ce régime, celles qui comprennent des ressortissants d'un seul Etat membre, dans la mesure où, sans comporter l'obligation de pratiquer un prix déterminé, elles concernent la production ou la vente de produits agricoles ou l'utilisation d'installations communes de stockage, de traitement ou de transformation de produits agricoles. Mais la Commission peut toujours déclarer ces ententes interdites, si elle estime qu'elles ont pour effet *d'exclure* la concurrence ou de mettre en péril les objectifs de l'article 39 du Traité.

362. — La Commission va avoir à faire face à une tâche considérable. Le nombre des ententes concernées par l'article 85 est sans rapport avec celui des ententes qui tombent sous le coup de l'article 65 CECA. Cette tâche sera cependant facilitée dans une certaine mesure, car aux termes du Traité la décision d'application de l'article 85-3° peut concerner soit des ententes déterminées, soit des *catégories* d'ententes.

Le règlement n° 17 n'apporte aucune précision spéciale concernant ce dernier cas. Le fait que les ententes doivent se notifier individuellement semble même exclure l'hypothèse. Le règlement ne saurait cependant l'emporter sur une disposition expresse du Traité.

363. — C'est ainsi que, dans deux communications en date du 9 novembre 1962, la Commission a fait savoir qu'elle envisageait de déclarer l'article 85-3° applicable à certaines catégories d'accords de distribution exclusive et à certaines catégories d'accords de licence de brevet, et cela pour une période de trois ans (70). Dans les deux cas, les catégories d'accords intéressés sont qualifiées de manière précise et il semble que toute équivoque doive être exclue quant aux destinataires de la décision d'application.

1° Pour les contrats d'exclusivité, la communication envisage séparément l'objet principal et les objets accessoires de l'accord.

En ce qui concerne l'objet principal, il doit correspondre à l'un des deux types suivants :

— accord par lequel une entreprise s'engage vis-à-vis d'une autre, à ne livrer qu'à celle-ci dans le but de la revente d'un produit déterminé qu'elle offre à l'intérieur d'une partie définie d'un territoire du marché commun;

(70) *J. O.*, p. 2627 et 2628; rectific. : *J. O.* 1962, p. 2687.

— accord par lequel deux entreprises concluent, dans le but de la revente, des engagements exclusifs de livraison et d'achat pour un produit déterminé offert par l'une d'elles.

Encore faut-il remarquer que d'autres conditions viennent restreindre l'une et l'autre de ces deux hypothèses. Les parties doivent avoir convenu que l'accord d'exclusivité n'a d'effets qu'entre elles et ne peut être opposé à des tiers. Surtout, elles ne doivent pas se concéder réciproquement la distribution de produits concurrents. Enfin, il ne faut pas que les entreprises intéressées occupent une position dominante sur le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci. Il est évident que cette dernière disposition est une source d'imprécision dans la mesure où il est difficile de savoir selon quels critères il convient d'apprécier l'existence d'une position dominante. Mais, il était impossible à la Commission de passer outre à cette nécessité : elle découle directement de l'article 86 du Traité qui contrairement à l'article 85 ne laisse place à aucune possibilité de dérogation.

En ce qui concerne les clauses accessoires à l'accord principal, elles sont, elles aussi, limitativement énumérées. L'adjonction de toute autre clause placerait l'accord d'exclusivité en dehors de la catégorie qui fait l'objet de la décision d'application de l'article 85-3°. Les clauses accessoires qui sont visées sont, par exemple, celles qui concernent la publicité dans le territoire concédé, ou l'organisation, l'entretien ou la gestion d'un réseau de vente.

2° Pour les accords de licence de brevet, la communication de la Commission indique trois catégories, limitativement énumérées.

La première concerne les accords qui imposent au licencié des obligations en matière de quantité ou d'approvisionnement, pour autant et aussi longtemps qu'elles sont indispensables pour assurer une exploitation techniquement irréprochable du brevet.

La deuxième vise les engagements réciproques du concédant et du licencié concernant l'échange d'expériences ou l'octroi de licences non exclusives sur les inventions d'amélioration ou d'application.

La troisième enfin, concerne certains engagements pris par un concédant de n'autoriser aucun tiers à utiliser le brevet (licence exclusive), lorsque le licencié est autorisé sans restriction à octroyer des sous-licences ou n'est tenu, en ce qui concerne le contenu des contrats de sous-licence, d'imposer au sous-licencié que des restrictions qui restent dans le cadre du droit de propriété industrielle *stricto sensu* ou qui correspondent aux deux catégories précédemment citées.

Ici encore, le respect de l'article 86 s'impose, de sorte que la décision d'application de l'article 85-3° ne pourra jamais concerner des accords auxquels une entreprise détenant une position dominante sera partie.

Quoi qu'il en soit, ces deux communications de la Commission ne constituent encore qu'un simple projet. Une décision, au sens de l'article 189 du Traité, sera nécessaire à la déclaration d'application de l'article 85-3° aux catégories d'accords intéressés. On ne peut encore

savoir, en particulier, si la décision d'application opérera de plein droit ou si les entreprises resteront, dans la mesure où leur entente tombera sous le coup de l'article 4-1° ou de l'article 5-1° du règlement n° 17, astreintes à la notification (71). A l'heure où nous écrivons, la Commission n'a encore donné aucune suite à son projet.

(71) Comp. BLAISSE, *Questions écrites à la Commission de la CEE*, le 20 novembre 1962 (*J. O.* 13/63) et le 12 décembre 1962 (*J. O.* 141/63). Sur l'ensemble des problèmes soulevés par les communications du 9 novembre 1962 relatives aux accords d'exclusivité, v. G. DURRY, *Ouragan « européen » sur les contrats d'exclusivité?* *D.* 1963, chr., p. 177.

CONCLUSION

364. — Considéré en lui-même et sur le seul plan de la technique juridique, le statut des ententes économiques constitue un système solide et cohérent. Considéré, en revanche, dans ses rapports avec les principes qui gouvernent notre droit et les règles de droit commun dont il nécessite la mise en œuvre, il fait apparaître de graves défauts d'adaptation. Telles sont les deux idées qui finalement dominent toute la matière.

1° *L'étude des textes spéciaux à la matière des ententes conduit à une double constatation. Tandis qu'il n'existe qu'une notion légale d'entente économique, il existe de nombreux régimes propres aux ententes économiques.*

365. — Il existe une *notion légale* de l'entente économique. Les articles 59 *bis* de l'ordonnance relative aux prix, 65 CECA et 85 CEE permettent de la déterminer, car elle leur est commune. Cette notion est unique. Surtout elle est indépendante de l'attitude hostile ou favorable que, en régime d'économie libérale, la puissance publique manifeste à l'égard des ententes. Cette notion repose enfin sur une conception abstraite de la concurrence qui suppose pour les entreprises une totale indépendance de choix et de décision. L'entente économique s'analyse alors en une discipline de comportement, volontairement consentie, consistant en des restrictions d'indépendance dans les décisions économiques d'entreprises isolées, ou aboutissant à ces restrictions. En outre, cette discipline doit affecter des activités de production ou de prestation de services, exercées grâce à des moyens techniques organisés et soumises par le législateur au régime d'économie de marché.

366. — Cette notion légale de l'entente constitue le premier critère qui gouverne, *ratione materiæ*, la compétence des organes chargés du contrôle. Mais alors que la notion d'entente est unique, les effets propres aux ententes sont multiples. Elles justifient alors l'application de plusieurs régimes.

En premier lieu, diverses autorités sont appelées à connaître des ententes. Ainsi, la Commission technique des ententes, le ministre chargé des affaires économiques, la Haute Autorité du Charbon et de l'Acier, la Commission du marché commun, les juridictions pénales et civiles reçoivent des compétences qui sont soit privatives, soit cumu-

latives. Des critères secondaires commandent alors ces diverses compétences.

En second lieu, les régimes sont différents, selon les buts qui sont propres à chacune des politiques économiques dans lesquelles ils s'inscrivent. L'un des buts les plus immédiats du droit communautaire consiste en une réalisation du marché commun européen par la suppression des barrières et des entraves. C'est alors l'effet que l'entente exerce sur les échanges entre Etats membres qui est mis en premier plan. De même, le droit communautaire se montre particulièrement soucieux d'éliminer les obstacles à la concurrence en tant que tels. Il s'inscrit dans un mouvement résolument libéral. Au contraire, les articles 59 *bis* et 59 *ter* de l'ordonnance relative aux prix visent une *organisation concurrentielle* des marchés, qui va plus loin que la simple suppression des entraves à la concurrence. Plus que le droit communautaire, le droit interne est sensible à deux objectifs d'efficacité immédiate : le progrès technique et le mouvement des prix dans un sens favorable aux consommateurs. On peut dire, sans crainte de paradoxe, que le « maintien de la libre concurrence » que prévoit la section IV du Livre III de l'ordonnance conserve une coloration dirigiste.

En troisième lieu, il y a des degrés dans l'atteinte que porte l'entente à la concurrence. Ainsi s'explique l'existence de régimes plus ou moins sévères. Les ententes véritablement dolosives, conçues en vue de nuire à des concurrents, aux clients ou aux consommateurs, sont absolument inadmissibles. Elles justifient le régime pénal de type classique, consacré par l'article 419 du Code pénal et assorti d'une procédure répressive simplifiée. La plupart des ententes ne revêtent cependant pas ces caractères. Encore convient-il de distinguer parmi elles. Les unes, dont l'énumération est limitative, font l'objet d'une présomption absolue de nocivité, insusceptible de la preuve contraire. Elles sont interdites d'une manière absolue. Toutes les autres font l'objet d'une présomption simple de nocivité et elles peuvent être relevées de l'interdiction qui les frappe. Leur régime constitue le droit commun des ententes. La gravité de l'atteinte à la concurrence est alors appréciée selon une conception concrète de la concurrence, le degré de compétition souhaitable et possible sur un marché donné, au cours d'une période donnée.

C'est toujours en raison de la multiplicité des effets possibles de l'entente que, dans ce dernier cas, les autorités chargées du contrôle disposent à son égard, et dans certaines limites, d'un véritable pouvoir de décider en opportunité. On peut dire que le régime est alors analogue à celui d'une *police administrative*. Si l'on admet en effet avec M. de Laubadère que la police administrative est « une forme d'intervention qu'exercent certaines autorités administratives et qui consiste à imposer, en vue d'assurer l'ordre public, des limitations aux libertés des individus », on ne peut manquer de faire le rapprochement. Certes, l'ordre public ne s'analyse pas ici suivant les critères traditionnels de la tranquillité, de la sécurité et de la salubrité publiques.

Il s'agit de l'ordre public économique, dont personne ne peut nier l'existence. Les ententes relèvent pour partie d'un régime analogue à une police administrative spéciale.

Toutes ces solutions se trouvent en parfait accord avec la nature profonde de l'entente économique. Vu sous cet angle, le bilan est satisfaisant. Il l'est considérablement moins si l'on se place à un autre point de vue.

2° C'est qu'en effet, considéré dans ses rapports avec les principes et les règles du droit commun, le statut juridique des ententes révèle de graves défauts d'adaptation.

367. — Unique et distincte par sa nature, l'entente ne trouve pas, lorsque ses membres veulent lui conférer organisation et stabilité, de cadre juridique approprié. Il n'existe pas de statut civil de l'entente. Au rang des contrats spéciaux, les traités de droit commercial ne consacrent ni l'entente horizontale, ni même le contrat d'exclusivité. Cela provient de ce que la loi elle-même n'a rien prévu. De sorte que l'entente, dès qu'elle revêt quelque complexité, doit utiliser des formes juridiques qui n'ont pas été créées à son usage et qui s'avèrent impropres. Il y a là une grave lacune de notre droit privé.

Quant au système de contrôle, il conduit, en droit pénal aussi bien qu'en droit privé, à des conséquences critiquables.

368. — Il est tout d'abord aisé de montrer comment les règles du droit spécial des ententes s'adaptent mal aux principes généraux de notre droit pénal. La principale source de ce défaut d'adaptation provient de l'article 37-3° de l'ordonnance relative aux prix qui frappe de peines correctionnelles tout responsable d'une action concertée interdite par le jeu des articles 59 *bis* et 59 *ter*. Cette disposition est absolument incompatible avec l'esprit qui anime le contrôle des ententes. En théorie, dans la mesure où le contrôle repose sur une appréciation en opportunité, l'incrimination prévue à l'article 37-3° est inadmissible. Certes, en pratique, les règles de la procédure spéciale viennent tempérer cet inconvénient, puisque le ministre chargé des affaires économiques reste toujours juge de la transmission de l'affaire au Parquet. Mais la menace dont dispose le ministre constitue une force et une faiblesse. Le ministre concourt à l'exercice de la fonction judiciaire. Il ne peut prendre aucune décision administrative à l'égard de l'entente. C'est pour cela que l'on ne peut pas assimiler le régime de contrôle à une véritable police administrative spéciale. Si les membres de l'entente refusent de prendre en considération les mesures concrètes proposées par la Commission technique et reprises par le ministre, celui-ci ne peut que déférer l'affaire au Parquet. La suite qui lui sera donnée lui échappe totalement. La menace dont peut user le ministre est finalement trop brutale pour être efficace et l'on comprend que jusqu'alors aucune juridiction pénale n'ait été saisie de l'application de l'article 37-3°.

Or les articles 59 *bis* et 59 *ter* nécessitent une application, nuancée

sans doute, mais ferme. Deux adaptations seraient à cet égard souhaitables.

D'abord, il faudrait reconnaître à la Commission technique des ententes le pouvoir de prendre des décisions obligatoires, sauf à instituer un recours en appréciation de la légalité de ces dernières.

Ensuite, il faudrait restreindre et préciser les cas d'infraction à la loi pénale. En dehors de ces cas, la Commission technique disposerait d'une compétence exclusive, sous réserve de certaines voies de recours, pour statuer sur l'admission ou l'interdiction d'une entente par le jeu combiné des articles 59 *bis* et 59 *ter*. Il n'y aurait là qu'une harmonisation de notre droit interne avec le droit communautaire, d'autant plus souhaitable, que dans certains cas, les autorités des Etats membres sont appelées à se prononcer sur l'application de l'interdiction formulée par l'article 85 CEE.

369. — En droit privé, le défaut d'adaptation apparaît sur le plan de la validité civile des contrats et décisions qui peuvent être à la source de l'entente. Rien ne s'oppose à ce que les juridictions ordinaires soient juges de cette validité au regard des cas d'interdiction absolue. Mais en revanche, dans les cas d'application combinée des articles 59 *bis* et 59 *ter*, une compétence exclusive devrait être reconnue à la Commission technique des ententes pour statuer sur l'admission des ententes. Les tribunaux civils devraient pouvoir saisir la Commission à titre préjudiciel. On comprendrait en outre que la nullité, lorsqu'elle serait admise, coure à compter de la décision de la Commission sans effet rétroactif.

Sur le plan de la responsabilité civile encourue par les membres de l'entente, le défaut d'adaptation est enfin plus net encore. Il provient de ce que, par le jeu des principes généraux, la constatation de la faute reste directement liée à l'application des articles 59 *bis* et 59 *ter* de l'ordonnance relative aux prix. Dans la mesure où l'article 59 *bis* peut être l'objet d'une décision rendue en opportunité, le système est parfaitement inadéquat. La notion de faute devrait être détachée du jeu des articles 59 *bis* et 59 *ter*. N'est-ce pas, du reste, la tendance manifestée par la Cour de Paris, dans son arrêt du 4 novembre 1959, lorsqu'elle décide qu'il n'y a pas lieu « de rechercher, dans le cadre d'une action en responsabilité, si une entente échappe à la prohibition en raison de sa finalité » ? Le motif, contestable au regard du droit positif, est conforme à l'esprit de la réglementation des ententes.

Qu'il s'agisse du droit privé ou du droit pénal, la conclusion, on le voit, demeure la même : les sanctions qui assortissent le statut des ententes s'avèrent peu appropriées. Leur brutalité concourt finalement à les rendre inefficaces. Elles peuvent également retentir sur l'application du droit communautaire, dans la mesure où celle-ci est confiée aux autorités nationales.

370. — Ces imperfections techniques proviennent du laconisme excessif qui a présidé à la rédaction des articles 37-3°, 59 *bis* et 59 *ter*.

La généralité et l'imprécision des termes ne suffisent pas à fonder une législation économique efficace. L'œuvre remarquable accomplie par la Commission technique ne peut dissimuler tout à fait les imperfections que présente le statut juridique des ententes en droit interne. Vu à travers la jurisprudence de la Commission technique, le statut apparaît comme un instrument approprié. Il reste à la rendre aisément utilisable. Le système inauguré par le droit communautaire est à cet égard plus satisfaisant. Il devrait logiquement conduire à mettre en harmonie la loi interne avec les Traités.

Nancy, le 1^{er} septembre 1963.

BIBLIOGRAPHIE (1)

I. OUVRAGES GENERAUX

- BAUDIN (L.) et autres. — *Traité d'économie politique*, Paris, 1960.
- BARRE. — *Economie politique*, 2^e éd., Paris, 1957.
- BOUZAT. — *Traité théorique et pratique de droit pénal*, Paris, 1951.
- BROUCHOT (J.). — *Pratique criminelle des cours et tribunaux*, Paris, 5^e éd., 1951-59.
- FAUSTIN-HÉLIE. — *Théorie du Code pénal*, Paris, 1872, T. V. — *Pratique criminelle des cours et tribunaux*. V. BROUCHOT.
- GARÇON (E.). — *Code pénal annoté*. Ed. refondue et mise à jour par ROUSSELET, PATIN et ANCEL, T. III, Paris, 1959.
- GARRAUD (R. et P.). — *Traité théorique et pratique de droit pénal*, 3^e éd., Paris, 1913, T. VI.
- GOYET-ROUSSELET-PATIN. — *Droit pénal spécial*, 7^e éd., Paris, 1958.
- HAMEL et LAGARDE.. — *Traité de droit commercial*, T I, Paris, 1954.
- LAUNAI, DE LA VILLEGUÉRIN et ACCARIAS. — *Droit pénal financier*, T. II, Paris, 1947.
- LE POITTEVIN, BESSON, COMBALDIEU et SIMÉON. — *Dictionnaire formulaire des parquets*, Paris, 1951, T. IV.
- LYON-CAEN et RENAULT. — *Traité de droit commercial*, 5^e éd., Paris, 1921.
- MARCHAL (J.). — *Cours d'économie politique*, Paris, 1952.
- PINOTEAU (C.). — *Législation pénale en matière économique et financière*, Paris, 1959.
- PIROU (G.). — *Traité d'économie politique*, Paris, 1947.
- RIPERT et ROBLOT. — *Traité élémentaire de droit commercial*, 5 éd., T. I, Paris, 1963.
- ROUSSELET et PATIN. — V. GOYET, ROUSSELET et PATIN.
- TCHERNOFF (J.). — *Traité de droit pénal financier*, Paris, 1931.
- TRUCHY. — *Traité d'économie politique*, Paris, 1935.

II. OUVRAGES ET THESES ANTERIEURS A 1945

- AMIAUD (A.). — *Les nouvelles formes d'ententes entre producteurs devant la loi pénale*, th., Paris, 1914.
- BALLANDE (L.). — *Essai d'étude monographique et statistique sur les ententes économiques internationales*, th. Paris, 1936.
- BIRAGUE D'APREMONT (DE). — *L'accaparement et les formes modernes d'ententes entre producteurs devant le droit pénal*, th., Paris, 1903.

(1) V. aussi *Addendum*.

- BROUILHET. — *Essai sur les ententes commerciales et industrielles et les transformations qu'elles pourraient apporter dans l'ordre économique actuel*, th., Paris, 1895.
- CHIATI MAHMOUD. — *Les ententes industrielles internationales*, th. Paris, 1928.
- DEMAY. — *La condition juridique des cartels internationaux*, th., Paris, 1935.
- DOLLEANS (E.). — *De l'accaparement*, Paris, 1902.
- DUSSAUZE (E.). — *L'Etat et les ententes industrielles*, th., Paris, 1938.
- DUTOT (R.). — *Les groupements de producteurs, Etude sur les ententes et les fusions industrielles*, th., Caen, 1918.
- FABRE (P.). — *La place faite aux cartels dans l'économie socialiste*, th., Paris, 1944.
- KYPRITIS. — *Les cartels internationaux*, th., Paris, 1936.
- LAPERGUE (J.). — *Les syndicats de producteurs en France*, th., Paris, 1925.
- LAZARD (D.). — *Les ententes économiques imposées ou contrôlées par l'Etat entre des entreprises similaires publiques ou privées*, th., Paris, 1937.
- LEBÉE. — *Trusts et cartels internationaux*. Cours de l'Académie internationale de La Haye, 1929.
- MASSOUBRE (E.-J.). — *Les ententes professionnelles dans le cadre national et la doctrine économique*, th., Paris, 1935.
- MAZEAUD (L.). — *Le problème des unions de producteurs devant la loi française*, Paris, 1924.
Le délit d'altération des prix, Paris, 1927.
Le régime juridique des ententes industrielles et commerciales en France, Paris, 1928.
- PIETTRE. — *L'évolution des ententes industrielles en France depuis la crise*, Paris, 1936.
- PUIFFE DE MAGONDEAUX (O.). — *Les ententes industrielles obligatoires et le corporatisme en France*, th., Paris, 1937.
- ROUSIERS (P. DE). — *Les cartels et les trusts et leur évolution*, Genève, 1927.
- TCHERNOFF (J.). — *Ententes économiques et financières (cartels, syndicats, trusts, holdings devant les lois civiles, pénales, internationales)*, Paris, 1933.

III. ARTICLES ET NOTES DE JURISPRUDENCE ANTERIEURS A 1945

- AUGER. — Rapport : *S.* 1885, 1, 514.
- BARTHÉLEMY-RAYNAUD. — *Les coalitions de producteurs devant la juridiction civile* : *Rev. crit.* 1904, p. 360.
- BATBIE. — *La loi sur les coalitions* : *Rev. crit.* 1864, p. 395.
- BEUDANT (Ch.). — Note : *D. P.* 1927, 2, 164.
- BOULLAY. — *Combinaison de l'art. 419 C. pén. et de la loi de 1884 sur les syndicats professionnels* : *Rev. cath. des institutions de droit*, 1890, p. 93.
- CRÉMIEUX. — Plaidoirie : *S.* 1836, 1, 881.
- FALQUE. — *La vente à prix imposé* : *Ann. dr. com.* 1937, p. 97.
- GARRAUD (P.). — *L'état actuel de la législation et de la jurisprudence françaises relatives à l'accaparement, à la spéculation illicite et aux coalitions* : *Bull. mens. de la Soc. de législ. comp.* 1924, n° 7, 8 et 9.
- JAY. — Note au *S.* 1889, 2, 49.
- LALOU (H.). — *Les prohibitions conventionnelles d'exportation* : *D.H.* 1929, chr. 77.
- LAMBERT-RIBOT. — *Un remède à la surproduction : les ententes industrielles internationales* : *Journ. du com.* 27 oct. 1932.

- LAMMERS. — *L'avenir des cartels internationaux : L'économie nationale*, avril 1931.
- LELOIR. — Note au *D. P.* 1923, 1, 129.
- LEPAULE. — *De la validité des trusts en France : Rev. dr. int priv.* 1927, p. 309.
- LE POITTEVIN. — *La loi du 3 décembre 1926 : D. H.* 1927, chr. 5.
- LEVASSEUR. — *Le nouveau régime répressif de la réglementation des prix : J.C.P.* 43, I, 370.
- LÉVY-ULLMANN. — Note au *S.* 1901, 2, 225.
- MARLIO. — *Les ententes industrielles : Revue de Paris* 15 fév. 1930.
- MAZEAUD (L.). — *La répression du bénéfice exagéré dans la loi du 3 décembre 1926 : Rev. crit.* 1927, p. 415.
Note au *D. P.* 1929, 2, 109.
- MINOST. — *L'intervention des Etats dans les ententes économiques et internationales : Europe nouvelle* 23 mars 1929.
- PERCEROU. — *Des syndicats de producteurs : Ann. dr. com.* 1897, p. 271.
Notes au *D. P.* 1903, 2, 297; *D. P.* 1912, 1, 33.
- PIC (P.). — Note au *D. P.* 1930, 2, 17; *D. P.* 1938, 1, 33.
- RENAULT (L.). — Consultation : *D. P.* 1905, 2, 362.
- RAVEZ. — Consultation : *D. P.* 1845, 1, 289.
- ROUSIERS (P. DE). — *Les ententes industrielles et l'art. 419 : Suppl. au Bull. quotidien de la Société d'études et d'informations économiques*, 22 nov. 1923.
Ententes industrielles et régime à prévoir à leur égard : Economie nouvelle, sept.-oct. 1931, p. 426.
- ROUX. — Note au *S.* 1917, 1, 65; *S.* 1923, 1, 329; *S.* 1925, 1, 282.
- SARRUT. — Note au *D. P.* 1893, 1, 51.
- TCHERNOFF (J.). — *L'évolution du statut civil des ententes économiques : D. H.* 1938, chr. 53.
La vie chère devant la justice pénale : D. H. 1927, chr. 17.
Le statut civil des ententes économiques licites : D. H. 1933, chr. 37.
Notes au *D. P.* 1936, 2, 108; *D. P.* 1937, 2, 34; *D. P.* 1937, 2, 97.
- VALENSI. — *Le régime juridique des ententes économiques en droit comparé : Bull. de la Soc. d'ét. légis.* 1932, p. 271.

IV. OUVRAGES ET THESES POSTERIEURS A 1945

A. DROIT FRANÇAIS

- CASEL (J.). — *Refus de vente. Clauses d'exclusivité. Contrats de concession*, Paris, 1960.
- COSTON (H.). — *Les financiers qui mènent le monde. La Haute banque et les trusts*, Paris, 1958.
- COUSIN. — *Etude juridique du groupe industriel*, th., Nancy, 1950.
- CROUZET. — *Le législateur français devant le problème des ententes économiques*, th., Paris, 1954.
- DOCUMENTATION FRANÇAISE. — *Les ententes professionnelles devant la loi.* (Recueils et monographie, n° 21.) 1953. Introduction par J. MÉRIGOT.
- ETUDES ET TRAVAUX DU CONSEIL ÉCONOMIQUE. — *Contrôle des ententes professionnelles*, Paris, 1950. Et. et trav., n° 13.
- LANGLOIS (J.). — *L'évolution des critères de licéité et le régime actuel des ententes économiques*, th., Paris, 1960.
- PETTEX-SABAROT. — *Les unions meunières*, th., Paris, 1955.

- PLAISANT et LASSIER. — *Les ententes industrielles sous forme de sociétés ou d'associations*, Paris, 1955 (Extrait du *J.-Cl. de sociétés*, fasc. 178).
- SOULEAU (Ph.). — *Infractions économiques*, Paris, 1963 (Extrait du *J.-Cl. pénal*, lois annexes, T. II.).
- VANHAECHE (M.). — *Les groupes de sociétés*, Paris, 1959.
- WEGNER. — *Les conceptions contemporaines du régime juridique des ententes industrielles en France et en Allemagne*, th., Paris, 1952.

B. DROIT COMMUNAUTAIRE

- ACTES OFFICIELS DU CONGRÈS INTERNATIONAL D'ÉTUDES SUR LA CECA (Milan-Stresa mai-juin 1957), Milan, 1958, T. VI.
- BALLERSTEDT (K.). — *Übernationale und nationale Marktordnung*, 1955.
- VON BECKERATH (G.). — *Ordnungspolitik in der Montanunion*, Köln, 1960.
- BESSON (J.-F.). — *Une expérience d'aménagement des structures économiques. Les ententes et les concentrations dans la CECA et la politique de la Haute Autorité à leur égard*, th., Paris 1960.
- CATALANO (N.). — *Manuel de droit des Communautés européennes*, Paris, 1962.
- COING, KRONSTEIN et SCHLOCHAUER. — *Das Verhältnis des deutschen Kartellrechts zu den Kartellrechtsvorschriften des Vertrages über Gründung der EWG Bd. VII der Schriften des Instituts für ausländisches und internationales Wirtschaftsrechts*, Frankfurt a. M. 1958.
- COLLOQUE DES FACULTÉS DE DROIT. — *Les problèmes juridiques et économiques du marché commun* (Lille, juin 1959), Paris, 1960.
- COMMISSION DE LA CEE. — *Guide pratique sur l'application des art. 85 et 86 du Traité de Rome*, Publications européennes, 1962.
- DAIG (H. W.). — *Verbotene und genehmigungsfähige Kartelle nach Art. 65. EGKS*. Tübingen 1957 (Th. dact.).
- FREY. — *Die Montanunion in der Sicht der Theorien der Wirtschaftssysteme und Marktformen*, 1959.
- FRUMENTO (A.). — *Le regole di concorrenza fra imprese industriali nella Comunità economica europea*, Padoue, 1958.
- GLEISS (A.) et HIRSCH (M.). — *Kommentar zu den Art. 85 und 86 des EWG-Vertrages und den EWG-Verordnungen n° 17, 27 und 26*, Heidelberg, 1962.
- VON der GROEBEN et VON BOECKH. — *Kommentar zum EWG-Vertrag (in Handbuch für Europäische Wirtschaft)*, 1958.
- VON der GROEBEN (H.). — *La politique de la concurrence dans la Communauté économique européenne*, Bruxelles, 1961.
- HAUSSMANN (F.). — *Der Schumanplan im europäischen Zwielicht*, München, Berlin, 1952.
- HOUSSIAUX (J.). — *Concurrence et marché commun*, Paris, 1960.
- HUBER. — *Die Einheit des Ruhrkohlenverkaufs und der Montanvertrag*, 1960.
- ISAY (R.). — *Deutsches Kohlenwirtschaftsrechts im Rahmen des Schumanplans*, Bd IV der Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Köln, München, Berlin, 1952.
- JAHN (G.) et JUNKERSTORFF (K.). — *Internationales Handbuch der Kartellpolitik*, München, Berlin, 1958.
- JERUSALEM. — *Das Recht der Montanunion*, Berlin, 1954.
- KARTELLE und MONOPOLE. — *Kartelle und Monopole im modernen Recht, Beiträge zum übernationalen und nationalen europäischen und amerikanischen Recht*,

- erstattet für die internationale Kartellrechtskonferenz in Frankfurt a. M., Juin 1960 (2 tomes), Karlsruhe, 1961.
- KERN (P.). — *Das Recht der Unternehmenszusammenschlüsse in der Montanunion*, Berlin, Frankfurt a. M., 1955.
- KLEEMANN (G.). — *Die Wettbewerbsregeln der EWG*, Baden-Baden, 1962.
- KRAWIELICKI (R.). — *Das Monopolverbot im Schumanplan*, Tübingen, 1952.
- LANGEN (E.). — *Marktherrschaft und ihr Missbrauch nach Artikel 86 des EWG-Vertrages*, Baden, Bonn, 1959.
- MARCHAL (A.). — *Rapport général introductif aux journées d'études sur la libre concurrence dans les pays du marché commun*, Caen, 1959.
- NEBOLSINE. — *Die Verteidigungsrecht gegenüber der Kontrolle auf Wettbewerbsbeschränkenden Verhalten nach dem EWG - Vertrag*, Baden-Baden, Bonn, 1959.
- NOTES ET ÉTUDES DOCUMENTAIRES. — *Ententes et positions dominantes dans le marché commun*, n° 2864, 28 fév. 1962.
- OSTERHELD. — *Die Vollstreckung von Entscheidungen der EGKS*, Frankfurt a. M., 1954.
- PARLEMENT EUROPÉEN. — *Die Anwendung des Vertrages über die Gründung des EGKS während der Übergangszeit*, Luxembourg, 1958.
- PLAISANT (M.) et LASSIER (J.). — *Ententes et marché commun*, Paris, 1959.
- PRIEUR (R.). — *La CECA, activités et évolution*, Paris, 1962.
- REUTER (P.). — *La Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier*, Paris, 1953.
- ROLIN (H.). — *La CECA*, Bruxelles, 1953.
- STEINDORFF (E.). — *Zweck im Wettbewerbsrecht*, Frankfurt a. M., 1959.
- VIGNES. — *La CECA*, Paris, 1956.
- WOHLFARTH, EVERLING, GLAESNER et SPRUNG. — *Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, Kommentar zum Vertrag*, Berlin, Frankfurt a. M., 1960.

V. — ARTICLES ET NOTES DE JURISPRUDENCE POSTERIEURS A 1945

A) DROIT FRANÇAIS

- AMIAUD (A.). — *La réglementation juridique des ententes industrielles en droit français* (1950). In *Etudes de droit contemporain*, Contribution française aux III^e et IV^e Congrès international de droit comparé, Paris, 1959.
- AUBY (J.-M.). — *Limitations apportées à l'exercice, par le gouvernement, de pouvoirs spéciaux. A propos de la légalité du décret du 24 juin 1958 modifiant certaines dispositions de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 relatives au maintien de la libre concurrence* : D. 1960, chr., p. 45.
- BOISDÉ. — *Rapport au Conseil de la République* : Rev. des soc. 1953, p. 60.
- BOITARD (M.). — Note au J.C.P. 61, II, 12103.
- BOUZAT. — Chronique, Rev. trim. dr. com. 1954, p. 433.
- BRACKERS D'HUGO. — *Les ententes commerciales et industrielles : Lois nouvelles*, 1961, 1, 113.
- COMPIN (H.). — *Les ententes et le décret du 9 août 1953* : Rec. gén. des lois, 1954, p. 2055.
- DAMIEN (M.). — *Les trusts français existent-ils ?* : Cahiers internationaux, mars 1955.
- DELPECH (H.). — *Encyclopédie Dalloz, Droit commercial*, V° Ententes professionnelles.
- DESBOIS (H.). — *Les rapports entre la propriété industrielle et le régime de concurrence*. Mélanges en l'honneur de P. Roubier, t. II, p. 425 (Paris, 1961).
- DURAND (H.). — *La Commission technique des ententes* : Dr. soc. 1960, 65.

- DURAND (P.). — *L'interdiction des majorations discriminatoires de prix et le commerce de la distribution* : D. 1955, chr., p. 1.
L'évolution contemporaine du droit de la concurrence, Mélanges en l'honneur de P. Roubier, Paris, 1961, t. II, p. 439.
- ESMEIN (P.). — Note sous Cass. civ. 9 mai 1957 : D. 1957, 665.
- FORTUNET. — *Le décret-loi du 9 août 1953* : Rev. soc. 1954, 237.
- GARDENT. — *Les houillères françaises et la concurrence sur le marché de la CECA*, in *Le fonctionnement des entreprises nationalisées en France*, Paris, 1956, p. 125.
- GENDREL (M.) et LAFARGE (Ph.). — Note au J.C.P. 61, II, 12517.
- GIDE (P.). — *Le projet français de loi anti-trust et les expériences étrangères* : Rev. pol. des idées et des institutions, Paris, 1953.
- GORÉ (F.). — Note au D. 1961, 148.
- HÉMARDE (J.). — *Les sanctions en droit pénal économique*. Rapport français au 5^e Congrès international de droit comparé, Bruxelles, 1958. Suppl. à la Rev. de sc. crim. et de dr. pén. comparé, 1958, p. 53.
- J. L. — *Commentaire du décret du 9 août 1953* : S. lois annotées, 1953, 307.
 Note au D. 1954, 771.
- JEANTET (F.-C.). — *Réflexions sur l'application du droit des ententes aux contrats comportant une clause d'exclusivité* : J.C.P. 63, I, 1743.
- LEBOULEUX (P.). et POLLET (R.). — *Principes de la réglementation des prix* : J.-Cl. administratif, fasc. 290.
- LOUSSOUARN (Y) et BREDIN (J. D.). — *La réglementation des ententes : le recul du contrôle judiciaire* : D. 1963, chr., 34.
- MAZARD. — *Prix imposés et prix d'entente* : Dr. soc. 1953, 192.
Aspects du droit économique français : autonomie ou orthodoxie : Rev. sc. crim., 1957, p. 19.
- MESTRE (A.). — *Ententes économiques et projets de lois* : G.P. 1952, 1, doc. 58.
- MORANGE (M.-G.). — *Réflexions sur la protection accordée par le juge administratif à la liberté du commerce et de l'industrie* : D. 1956, chr. 117.
- PASQUALAGGI. — *Les ententes en France* : Rev. écon. 1952, 69.
- PHILONENKO. — *La loi de l'offre et de la demande et le concept de libre concurrence* : G.P. 1953, 1, doc. 15.
- PICARD. — *Les ententes professionnelles*. Economie contemporaine, 1947.
- PLAISANT (R.). — *Projets de lois relatifs aux ententes et aux trusts* : D. 1952, chr., p. 92.
- PLAISANT (R.) et BARBRY (P.). — *Libre concurrence et ententes industrielles*. Décret du 9 août 1953 : D. 1954, chr., p. 67.
- PLAISANT (R.) et LASSIER (J.). — *Les trois premières années d'une politique des ententes* : D. 1960, chr. XI.
Les rapports de la Commission technique des ententes, années 1956 à 1959 : D. 1962, Chr., 31.
 Note au J.C.P. 56, II, 9640.
- PRIEUR (R.). — *Contribution à l'étude de la concurrence sur le marché* : Rev. trim. dr. com. 1960, 501.
- REUTER (P.). — *A propos des ententes industrielles et commerciales* : Dr. soc. 1952, 442 et 1953, 1.
- SOULEAU (Ph.). — *La réglementation des ententes professionnelles dans le décret de 1953* : Dr. soc. 1953, 577.
 J.-Cl. Pénal, Lois annexes, V^e Infractions économiques.

- TEITGEN (P.-H.). — *Ententes, concurrence déloyale ou illicite* : *Dr. soc.* 1960, 454.
- VON TIRPITZ. — *Die Jahresberichte der französischen Kartellbehörde (1954-1959)* : *WuW* 1961, 861.
- TOUJAS. — Note au *J.C.P.* 51, II, 6442.
- TOULEMON (A.). — *Le décret-loi du 9 août 1953 relatif au maintien ou au rétablissement de la libre concurrence industrielle ou commerciale* : *Rev. trim. dr. com.* 1954, 269.
- TOUTÉE (J.). — *Les ententes professionnelles : Etudes et documents du Conseil d'Etat*. Paris, 1960, p. 160.
- VALDAIS. — *Les ententes à la recherche d'un statut : Economie contemporaine* 1950, p. 46.
- VITU (A.). — *La définition et le contenu du droit pénal économique*, in *Dix ans de conférences d'agrégation*, études de droit commercial offertes à J. Hamel, t. I, p. 37.
- VOUIN. — Chronique (Décret du 9 août 1953) : *Rev. so. crim.* 1954, 385.

B) DROIT COMMUNAUTAIRE

- ANDREAE (W.). — *Wettbewerb und Wirtschaftsordnung* : *WuW*, 1953, 396.
- ASKENAZY (H.). — *Les discriminations et les restrictions de concurrence en matière d'accès à la production dans le droit de la CEEA* : *Dr. soc.* 1957, 333.
- BARUCH (W.). — *Das Verhältnis zwischen der Kartellregelung des EWG-Vertrages und des GWB* : *WuW*, 1963, 14.
- BAYER (W.). — *Das Privatrecht der Montanunion. Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Bd. 17, 1952, p. 359.
- VON BERINGE. — *Die Anwendbarkeit der Kartellvorschriften des EWG-Vertrages : Betrieb*, 1959, 342.
- BUHRING. — *Die Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages aus der Sicht der Wirtschaftspraxis : Europäische Wirtschaft*, 1960, 449.
- BURGARD (J.). — *Ententes et monopoles dans le marché commun : Service Direction*, 1962, p. 513.
- BUXBAUM (R.-M.). — *Antitrust regulation within the European Economic Community : Columbia Law Review*, 1961, 402.
- BYE (M.). — *Les aspects économiques de la CEEA* : *Dr. soc.* 1954, 543.
- CAPOTORTI (F.). — *Sull' efficacia delle regole di concorrenza applicabili alle imprese della Comunità Economica Europea* : *Riv. dir. int.* 1959, p. 1.
- CATALANO (N.). — *Relazione tra le regole di concorrenza stabilite dal Trattato istitutivo della CEE e le legislazioni degli Stati membri : Revista di diritto Europeo*, 1962, 335.
- CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE. — *Règles de concurrence du Traité de Rome* : *Doc. n° 225*, p. 63 (1960).
- COING (H.). — *Zur Auslegung von Art. 45 EWG-Vertrag* : *Zeitschr. für d. g. Handelsrecht u. Wirtschaftsrecht*, 1963, 271.
- DAIG (H.-W.). — *Die Vier ersten Urteile des Gerichtshofs der EGKS : Juristenzeitung*, 1955, p. 361.
Weitere Urteile des Gerichtshofs der EGKS : Juristenzeitung 1956, p. 276.
- DERINGER (A.). — *Montanunion und Wettbewerbsfreiheit. Ein Jahr Hohe Behörde* : *BB.* 1953, 632.
Zum Wettbewerbsrecht der Montanunion : WuW, 1955, 113.
Fünf Jahre Wettbewerbsrecht im Gemeinsamen Markt für Kohlen und Stahl : WuW. 1958, 614.

- Die erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des EWG-Vertrages* : WuW. 1962, 81.
- Zwei Jahre europäische Kartellpolitik* : Europäische Wirtschaft. 1960, 43 et 66.
- Die erste europäische Kartellverordnung. Ihr endgültiges Gesicht* : Europäische Wirtschaft, 1962, 3.
- Les règles concernant la concurrence dans le cadre du marché commun entrent en vigueur* : Rev. du M.C. 1962, 70.
- Europäisches Wettbewerbsrecht im Werden* : Aktiengesellschaft 1962, 139.
- DERINGER et TESSIN. — *Das erste Kartellgesetz des gemeinsamen Marktes* : NJW. 1962, 989.
- Ablauf der Anmeldefrist im EWG-Kartellrecht* : Betrieb. 1963, 58.
- DERINGER et autres. — *Les règles de la concurrence au sein de la CEE (Analyse et commentaire des art. 85 à 94 du Traité)* : Rev. du M.C. 1962, 496.
- DRAETTA (U.). — *La regole di concorrenza applicabili alle imprese della Comunità economica europea* : Dir. int. 1961, p. 48.
- DROSTE. — *Die Wettbewerbsregeln der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft* : NJW 1962, 1937.
- DURRY (G.). — *Ouragan « européen » sur les contrats d'exclusivité* : D. 1963, Chr., 177.
- FABRE (R.). — *Les pratiques commerciales restrictives et le Traité du Marché commun* : Rev. du M.C. 1958, 260.
- FISCHERHOF (H.). — *Europäisches Wettbewerbsrecht und Energie-Wirtschaft* : B.B. 1962, 783.
- FOSCANEANU (L.). — *Les ententes et pratiques concertées dans la CEE et la CECA* : Rev. du M.C. 1962, 241.
- FRANCESCHELLI (R.). — *Le premier règlement d'application des art. 85 et 86 du Traité de Rome* : Rev. du M.C. 1962, 345.
- FRANÇON (A.). — *Les ententes et les monopoles selon le Traité de Rome. Premier règlement d'application des art. 85 et 86* : J. dr. int. 1962, 368.
- FRISHAUF (St.). — *The present Statuts of Antitrust Laws in the Countries forming the European Economic Community* : The Antitrust Bulletin, 1961, p. 245.
- GABRIEL (S. L.). — *Zur Interpretation des Art. 65 des Montanvertrages* : Wettwirtschaftliches Archiv., 1961, p. 1.
- VON GAMM (O. F.). — *Das Kartellrecht im EWG-Bereich*, Kartellrundschaу, 1961, Heft 3.
- GASPAR (F.). — *Réglementation des ententes et des positions dominantes dans le Marché commun* : L'ingénieur conseil, 1962, 2.
- GIL BAER (J.-R.). — *Les articles 85 et 86 du Traité de Rome* : Rev. du M. C. 1963, 212.
- GLEISS (A.). — *Kartelle und Zusammenschlüsse im Schumanplan* : WuW. 1953, 379.
- Inkrafttreten des Kartellverbots im Schumanplan* : WuW. 1953, 565.
- Montanunion und Stahlexportkartell* : BB. 1953, 965.
- Die Hohe Behörde der Montanunion zu Wettbewerbsfragen* : BB. 1953, 602.
- GLEISS (A.) et HIRSCH (M.). — *EWG-Kartellrecht und Zuständigkeit nationaler Behörden* : BB. 1962, 623.
- Das Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft* : Aussenwirtschaftsdienst des BB. 1962, n° 5, p. 1.
- GRAUPNER (R.). — *Die Bedeutung der Wettbewerbsregeln des EWG-V. für Unternehmen in Ländern ausserhalb der EWG* : Aussenwirtschaftsdienst des BB. 1963, 1.

- VON DER GROEBEN. — *Wettbewerb im gemeinsamen Markt : Europa Archiv.* 25 nov. 1961.
Die Wettbewerbspolitik des Gemeinsamen Marktes : Vortragsreihe des Deutschen Industrieministeriums. 1961, n° 35, p. 1.
- GUNTHER (E.). — *Die Regelung des Wettbewerbs im Vertrag zur Gründung der EWG : WuW.* 1957, 275.
Vereinheitlichung der Wettbewerbsbedingungen im Europäischen Raum : WuW. 1961, 755 et 763.
Die ordnungspolitischen Grundlagen des EWG-Vertrages : WuW. 1963, 191.
- VAN DER HAEGHEN (A.). — *Les dispositions favorables à la concurrence selon les art. 85 et 86 du Traité de Rome et le premier règlement d'application de ces articles : L'ingénieur conseil,* 1962, 26.
- HASSEL (H.). — *Das Europäische Kartellrecht unter den Gesichtspunkt der Praxis : Industrie Anzeiger,* 1962, n° 34.
- HELLMANN - PFEIFFER. — *EWG-Kartellverordnung um Interessenausgleich bemüht. Die Regelung für horizontale und vertikale Absprachen : Volkswirt,* 1962, 223.
- HOFFMANN (W.). — *Marché commun et concurrence : Cahiers de l'institut de science économique appliquée,* 1959, n° 92, p. 114.
- ISAY (R.). — *Montanunion und Exportkartelle : WuW.* 1953, 577.
- KAUL (B.). — *Zur Anmeldung von Ausschliesslichkeits- und Vertriebsbindungen nach dem EWG-Kartellrecht : BB.* 1962, 156.
- KLEPS (K.). — *Kartellpolitik und Energiewirtschaft in der Montanunion : Oekonomische Studien,* 1961, Heft 7.
- KLEEMANN (G.). — *Die kartellrechtliche Beurteilung von vertikalen Ausschliesslichkeitsverträgen im G. M. : Betrieb,* 1962, 1631.
- KOCH (N.). — *Das Verhältnis der Kartellvorschriften des EWG-Vertrages zum GWB : BB.* 1959, 241.
- LASSIER (J.). — *La concurrence commerciale et la Communauté européenne : Ligue internationale contre la concurrence déloyale, communication n° 41,* 1957.
- LE TARNEC. — *Les ententes et le marché commun : G.P.* 1962, 1, Doc. 44.
- LIEZTMANN (H.). — *Wettbewerbsregeln des Montan-Vertrages und nationales Kartellrecht : WuW.* 1957, 642.
- LOUSSOUARN (Y.). — *Commentaire du premier règlement d'application des art. 85 et 86 du Traité CEE : Rev. tr. dr. com.* 1962, 529.
- MALZER (G.). — *EWG-Kartellrecht und Energieversorgung : WuW.* 1963, 203.
- MARCHAL (A.). — *Les ententes et les concentrations dans le marché commun : Rev. du M.C.* 1959, 357.
Progrès technique et concurrence dans la Communauté économique européenne : Rev. écon. 1961, 849.
- MENGES (N.). — *Auswirkungen des ersten Urteils des Europäischen Gerichtshofes zur Anwendung von Artikel 85 des EWG-Vertrages : Betrieb,* 1962, 661.
- MEZGER. — *Note, Rev. dr. int. priv.* 1963, 399.
- NISSEN (W.). — *Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaften : WuW.* 1960, 250.
- OBERNOLTE (W.). — *Die Wettbewerbsbedingungen im Gemeinsamen Markt : EWG.* 1960, 93.
- OPHÜLS (K. F.). — *Das Wirtschaftsrecht des Schumanplans : NJW.* 1951, 381.
- PERROUX (F.). — *Les formes de la concurrence dans le marché commun : Rev. d'écon. pol.* 1958, 340.
- PETERS (H.). — *Die Wettbewerbsbestimmungen für den Gemeinsamen Markt : EWG.* 1958, 126 et 146.

- PLAISANT (R.). — *Les dispositions relatives aux ententes dans le Traité instituant la CEE* : D. 1958, Chr. 271.
La CEE et les projets de règlements relatifs aux règles de concurrence : Rev. du M. C. 1960, 369.
La CEE et le projet de règlement relatif aux règles de concurrence : Rev. du M. C. 1961, 13.
- RATHJE (W.). — *Der Wettbewerb auf dem Kohlenmarkt nach den Bestimmungen des Schumanplans* : WuW. 1954, 26.
- ROBLOT (R.). — *Les relations privées des entreprises assujetties à la CECA* : Dr. soc. 1954, 575.
- REUTER (P.). — *Ententes et cartels. A propos de l'application des art. 85 et s.* : Rev. du M. C. 1959, 46.
- ROUQUET LA GARRIGUE (V.). — *Les règles de concurrence dans le marché commun* . Rev. du M. C. 1959, 373.
- SCHILLING. — *Europäisches oder deutsches Kartellrecht ? Die Gegenwart*, 1958, p. 186.
- SCHLIEDER (W.). — *Die Anwendung der Artikel 85 und 86 des EWG-Vertrages nach dem Erlass der ersten Durchführungsverordnung* : BB. 1962, 305.
- SCHLOCHAUER (H. J.). — *Die Anwendung von Wettbewerbsregeln der EWG* : JZ. 1963, 105.
- SCHUMACHER (H.). — *La politique de la CEE en matière d'ententes* : Rev. du M. C. 1959, 207.
Enthalten die Art. 85 und 86 des EWG-Vertrages bereits in den Mitgliedsstaaten geltende Rechtsnormen ? WuW. 1958, 779.
Réflexions sur l'interdiction des ententes visées par l'art. 85 du Traité instituant la CEE : Dr. soc. 1961, 65.
Zu den Artikeln 85 und 86 des Rom-Vertrages : Die Aussprache, 1962, p. 35.
Die Durchführung der Art. 85 und 86 des Rom-Vertrages : WuW. 1962, 475.
Das Verhältnis des EWG-Kartellrechts zum Kartellrecht der Mitgliedstaaten : Die Aussprache 1963, 42.
- VON SIMSON. — *Zur Neuordnung des Ruhrkohlenverkaufs* : WuW. 1956, 326.
- SOLTER (A.). — *Die Ausnahmenvorschrift des Art. 85 abs. 3 EWG-Vertrag* : WuW. 1961, 665.
- SPENGLER (H.). — *Abgrenzung zwischen dem GWB und den Vorschriften für Unternehmen im EWG-Vertrag* : WuW. 1958, 73 et 461.
Die Wettbewerbsregeln der EWG : Drucksache des Bundesverbandes der deutschen Industrie, 1957, n° 46.
Abgrenzungsfragen aus der Übergangszone zwischen Kartell und Montanunionsrecht : WuW. 1954, 753.
Wettbewerb und Wettbewerbsverfälschungen in der EWG : Der Betrieb 1961, 1, 509.
Die Vertragsbestimmungen über die Wettbewerbsregeln im Gemeinsamen Markt : B. B. 1959, 75.
- STEINDORFF (E.). — *Das Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen in der Anfangszeit der EWG* : BB. 1958, 89.
Zur Geltung des Kartellverbotes im Vertrag über die Gründung der EWG : BB. 1958, 931.
Montanfremde Unternehmen in der EGKS : Juristenzeitung, 1953, p. 718.
Vertikale Preisbindung im Gemeinsamen Markt der EWG : Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrechts, 1961, p. 182 et 226.
- STRICKRODT (G.). — *Geltungskraft und Geltungsumfang der Wettbewerbsregeln im Vertrag über den Gemeinsamen Markt* : Betrieb 1957, Beilage n° 9.
- TRABERT (L.). — *Konkurrenz und Kooperation in der Eisen und Stahlindustrie* : Beilage zum Volkswirt, 1961, n° 46.

- VALENTO (A.). — *La disciplina della concorrenza per le imprese nel trattato istitutivo della Comunità Economica Europea : Il diritto dell' economia 1959, p. 501.*
- WAGRET (J. M.). — *La propriété industrielle et le droit européen des ententes : Rev. du M. C. 1962, 431.*
- VON WERDT (R.). — *Zur frage der Anwendung von Art. 85 des EWG-Vertrages auf Individualverträge : WuW. 1962, 583.*
- WAELEBROECK (M.). — *L'application des règles de concurrence du Traité de Rome aux Pays-Bas : Rev. du M. C. 1962, 114.*
Le problème de la validité des ententes économiques dans le droit privé du marché commun : Rev. crit. de dr. int. privé, 1962, 415.
- WEYER (H.). — *Die erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des EWG-Vertrages : Betrieb 1962, 293 et 325.*
- WILLEMETZ (L.). — *La mise en œuvre des règles de concurrence énoncées par le Traité de Rome : Rev. du M. C. 1961, 192.*
- WOLF (E.). — *Zum Kartellrechts der EWG : WuW. 1912, 645.*
La législation contre les cartels et les monopoles : son application dans la Communauté économique européenne : J.C.P. 62, I, 1718.
- WURDINGER (H.). — *Exportkartell und EWG : WuW. 1960, 313.*

VI. DROITS ETRANGERS ET DROIT COMPARE

- AGENCE EUROPÉENNE DE PRODUCTIVITÉ DE L'OECE. — *Guide de la législation sur les pratiques commerciales restrictives (quatre volumes).*
- BUEL. — *Wettbewerbsregeln und Kartellverbot*, Hamburg, 1958.
- BUNDESKARTELLAMT. — *Berichte 1958-1959-1960*, Düsseldorf 1961.
- COMMISSION D'ÉTUDE DES PRIX DU DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE L'ÉCONOMIE PUBLIQUE. — *Les cartels et la concurrence en Suisse, 1957.*
- DEL MARMOL (C.). — *La protection contre les abus de puissance économique en droit belge. Genèse et commentaire de la loi du 27 mai 1960*, Liège, 1960.
Les ententes industrielles en droit comparé, Bruxelles, 1950.
- DOCUMENTATION FRANÇAISE. — *Les Cartels internationaux*. Recueils et monographies, n° 32, Paris 1957.
Etats-Unis. Les lois antitrust (deux volumes). Recueils et monographies.
Notes et études documentaires concernant les législations antitrust des principaux Etats.
- EVERLING. — *Interne Konzernbeziehungen. Eine Unterrichtung der Besonderheiten in den internen Beziehungsverhältnissen von Konzernen*, Berlin, 1957.
- FIKENTSCHER (W.). — *Wettbewerb und gewerbliche Rechtsschutz. Die Stellung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen in der Rechtsordnung*, München, 1958.
- GULPHE (P.). — *Les ententes industrielles*. Paris, Centre français de droit comparé, 1961.
- ISAY. — *Die Geschichte der Kartellgesetzgebungen*, Berlin, 1955.
- JEANRENAUD (M.). — *La réglementation spéciale des cartels, ses principes et ses formes. Etude de droit comparé*, Lausanne, 1955.
- KAYSER et TURNER. — *Antitrust Policy. An Economic and Legal Analysis*, Cambridge, Mass, 1959.
- KRONSTEIN, MILLER et SCHWARTZ. — *Modern American Antitrust Law*, New York, 1958.
- LANGEN (E.). — *Kommentar zum Kartellgesetz*, Berlin, Darmstadt, Neuwied a. Rh., 1958.

- LEWINSOHN. — *Trust et Cartels dans l'économie mondiale*, Paris, 1950.
- L'HUILLIER. — *Les pratiques commerciales restrictives*, Genève, 1959.
- LUKES (R.). — *Der Kartellvertrag. Das Kartell als Vertrag mit Aussenwirkungen*, München, Berlin, 1959.
- MILLER (J. P.). — *Competition, Cartels and their Regulation*, Amsterdam, 1962.
- MULLER et GRIES. — *Kommentar zum GWB*, Frankfurt a. M., 1958.
- MULLER-HENNEBERG et SCHWARTZ. — *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Kommentar*, Köln, Berlin, 1958.
- OPPENHEIM (S. C.). — *Federal Antitrust Laws, Cases and Comments*, St. Paul, 1959.
- SCHONHERR (F.) et DITTRICH (R.). — *Kartellgesetz*, Vienne, 1958.
- SCHWARTZ (IVO. E.). — *Deutsches, internationales Kartellrecht*, 1963.
- FRIEDMANN (W.) et autres. — *Antitrust Laws, a comparative symposium*, Toronto, 1956.
- THORELLI. — *The Federal Antitrust Policy*, 1954.

TABLE ALPHABETIQUE DES MATIERES

Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes

A

Aachener Kohlen-Verkauf GmbH, 351.

Abus, — d'autorisation, 305. — de puissance économique, 223. — système dit de sanction des abus, 223, 224, 226.

Accaparement, 54, 158, 162. — bonnes et mauvaises ententes, 320.

Accord, — en général, 77 et s. — dans l'action concertée, 84, 147. — dans l'entente juridiquement formée, 148. — entre entreprises, 80. — vertical, V. *Entente verticale*. — V. aussi *Clause*, *Nullité*.

Acier, — définition, 32. — application du Traité C.E.E., 36.

Acquittement, — effet, 269 et s.

Acte de commerce, — 55 et 56.

Action, — de société, V. *Valeur mobilière*.

— concertée, — en général, 77, 81, 83 et s. — marché d'oligopole, 85 et s., 99. — notion d'accord, 147. — parallélisme d'actions, 87, 92, 98. — preuve, 83, 95, 96. — prix directeurs, 92 et s. — fixation des prix, 147, 170, 181, 330.

— en nullité, V. *Nullité*.

— en responsabilité, — constitution de partie civile, 250, 253 et s. — fondement, 266, 273, 300, 326. — prescription, 271. — procédure, 266 et s., 270. — publique, — mise en mouvement, 250, 253 et s., 348. — extinction, 263.

— sur le marché, — effet sur les prix, 154, — individuelle, 12, 125. — notion, 143, 154. — tentative, 143, 146. — V. aussi, *Pratique restrictive*.

Aggravation des peines, 18.

Agriculture, — droit interne, 25, 56. — traité C.E.E., 38, 73 et 74. — notification, 283. — décision d'application de l'article 85-3°, 361. — coopératives agricoles, 38, 56.

Allemagne, — entente autorisées, 227. — ententes obligatoires, 221 note (11). — concentrations, 130 note (60). — contrôle *a priori*, 229. — pouvoirs du juge, 308 note (1). — traité C.E.E., 192, 206. — secteurs soustraits à l'application de la C.W.B., 37 note (55), 38 note (60). — système de l'interdiction, 225 note (24), 233.

Allen Bradley C° v. Local Union, 67 note (47).

Altération des prix, V. *Effet sur les prix*.

Amélioration de la distribution, — traité C.E.C.A., 333, 350. — traité C.E.E., 335, 361.

— de la production, — traité C.E.C.A., 333, 350. — traité C.E.E., 335, 361. — des débouchés, 329, 340, 342.

Amende, 260, 264, 275, 292.

American Tobacco C° v. U. S., 92.

Application immédiate ou retardée de l'art. 85 C.E.E., 277 et s.

Appréciation des ententes, 218, 308 et s.

Approvisionnement, — obligation, 363. — V. aussi *Concession exclusive*.

Armateurs et transitaires, addendum, 24, 29, 170, 172, 203, 221, 329.

Armes et munitions, 36, 74.

Article 37 C.E.E., 74 note (65).

Article 87 C.E.E., 37, 73, 75, 277.

Article 88 C.E.E., 39, 192, 277 et s., 299.

Article 89 C.E.E., 39, 277 et s.

Article 90 C.E.E., 74.

Association, — V. *Entente sous forme d'association*.

— décision d'association d'entreprises, V. *Décision*.

Assurance, — droit interne, 19, 20, 55, 28. — traités, 32, 37. — V. aussi *Société d'Etat*.

Astreinte, 275, 292.

Attestation négative, — traité C.E.C.A., 272.

— traité C.E.E., — conflit de décisions, 303 et s. — engagement de la procédure, 298. — opposabilité aux juridictions nationales, 300. — procédure, 290 et s., 294. — rendue par une juridiction nationale, 300 et 301.

Audition des intéressés, — droit interne, 242. — traités, 291, 294.

Austauschvertrag, 108 note (15). — V. aussi *Entente verticale*.

Autorisation, — droit interne, 332 note (3). — traité C.E.C.A., 272 et s. — révocation ou modification, 274. — secteur agricole, 38. — système dit de l'autorisation, 233 et s. — V. aussi, *Décision d'application de l'art. 85-3°*.

Autorité de contrôle, — en général, 228.

— à l'étranger, 228 note (30).

— conflits entre autorités, 303 et 304.

— judiciaire, 246.

— nationale, — compétence pour appliquer le traité C.E.E., 288, 298 et s. — liaison avec la Commission, 294 et s. — période transitoire, 287. — traité C.E.C.A., 273.

— V. aussi, *Commission technique des ententes*, *Commission de la C.E.E.*, *Haute Autorité de la C.E.C.A.*

Avis, — de la Commission technique des ententes, 243 et s. — mesures proposées, 347.

— relatif à l'application de l'art. 419, C. pén., 244, 258. — relatif à l'application du Traité C.E.E., 301. — rôle en matière civile, 268.

— rendus par la Commission technique des ententes au cours des années 1954 à 1962, V. *Armateurs*, *Entente*, *Fabricants*, *Groupements*, *Importateurs*, *Industrie*, *Organisation*, *Société d'Importation*.

— du Comité consultatif, 296.

— rendu par la Cour de Justice des Communautés le 13 décembre 1961, 334 note (8).

B

Bail, — V. *Immeuble*.

Baisse des prix, — V. *Effet sur les prix*, *Underselling*.

Banque, — application du Traité C.E.E., 37.

Barème de prix, — V. *Entente de prix*.

Belgique, — ententes obligatoires, 221 note (11). — loi du 27 mai 1960, 223, 227.

- Bénéfice**, — anormal, 153, **321**. — appréciation par les juges du fond, 325. — critère des bonnes ententes, 321 et s. — V. aussi *Entente de répartition des bénéfices*.
- Biens**, — V. *Marchandises, Produits*.
— de substitution, V. *Marché*.
- Bilan économique de l'entente**, 176, **343** et s., 360, 361.
- Blé**, 27.
- Bonnes et mauvaises ententes**, 214 et s., **310** et s., 343.
- Brevet d'invention**, — cession, 107. — stipulation accessoire à une cession ou à une licence, 172, **201**, 206, 284. — traité C.E.E., 363, 284.
- Bureau d'études**, 112.
- But de l'entente**, — en général, 149, **309**. — application de l'art. 419 C. pén., 143, **313** et s., **323** et s. — application du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, 318 et 319. — en doctrine, 320 et s. — législations modernes, 327.

C

- Cartel** (en général). — définition, 105. — distinction du trust, 101, **121**.
- Catégorie d'ententes**, — décision d'application de l'art. 85-3°, 362 et s.
- Cause illicite**, — 309, **314** et s., **324**. — V. aussi *Nullité*.
- Cessation d'activité professionnelle**, 158, 171.
- Cessation des infractions**, — Traité C.E.C.A., 275.
— Traité C.E.E., — avis du Comité consultatif, 296. — compétence des autorités nationales, 301. — conflit de décisions, 303 et 304. — décision de la Commission, 292. — droit transitoire, 307. — procédure, **288** et s., 298. — recommandation, 291. — V. aussi *Décision constatant l'infraction, Instruction*.
- Cession de brevet d'invention**, V. ce mot.
- Charbon**, — définition, 32. — application du Traité C.E.E., 35.
- Charge**, — accessoire à une décision, 272, **305**, **351**.
- Charte de La Havane**, 220 note (10).
- Circulaire du 31 mars 1960**, — concession exclusive, 203 notes (7) et (8), 204 note (15). — prix minimum, 64, note (43).
- Circulation**, — des biens, 20, 22. — des capitaux, 35.
- Citation directe**, 250, 256 note (45).
- Clauses de l'entente**, 148 et 149, 340 et 344.
- Clientèle**, — V. *Entente de partage de clientèle*.
- Coalition**, — en général, 77. — application de l'art. 419 C. pén., 153 et s., **310** et s. — forme, 100, 128.
- Comité consultatif**, 296.
- Commandes**, 171. — V. *Entente de répartition des commandes*.
- Commerçant**, — V. *Acte de commerce*.
- Commerce**, — extérieur, 74 note (65). — V. aussi *Exportation, Importation*.
— entre États membres de la C.E.E., 145, 146, 149, 150, **195** et s., 283.
— V. *Acte de commerce*.
- Commission de la C.E.E.**, — application de l'art. 85-1°, 289 et s. — application de l'art. 85-3°, **282** et s., 361. — attestation négative, 290. — audition des intéressés, 291, **294**. — autorité des décisions, 300, 304. — contrôle des ententes, 276 et s. — décisions, 292. — demandes de renseignements, 294. — engagement de la procédure, 298. — instruction des affaires, 291, **294**. — période transitoire, 279. —

- procédure, 276 et s. — recommandations, 291. — relations avec le Comité consultatif, 296. — relations avec les autorités des Etats membres, 294. — rôle, 291. — saisine, 291. — secteur des transports, 39. — vérifications, 294.
- Commission technique des ententes et des positions dominantes**, 234, 235 et s., 349. — application du droit communautaire, 301. — audition des rapporteurs, 242. — avis, V. ce mot. — compléments d'enquête, 259. — fonctionnement, 240 et s. — rapporteurs, 236. — saisine, 237 et s. — rôle en matière civile, 268.
- Commissionnaire**, — comptoir de vente ou d'achat, 110. — exportations, 29.
- Communauté européenne de l'énergie atomique**, — application du traité C.E.E., 36.
- Communication**, — de la Commission de la C.E.E., 363.
— des documents, — aux autorités des Etats membres, 294, 298. — aux rapporteurs auprès de la Commission technique, 240. — du dossier au parquet, 243. — des dossiers au ministre, 259. — par le ministre, 240.
- Compétence**, — d'attribution des juridictions civiles, 267. — des autorités nationales pour appliquer le droit communautaire, 298 et s. — V. aussi, *Autorité de contrôle, Cour de Justice, Juridiction*.
- Comptoir**, — d'achat, V. *Entente d'achat*. — de vente, V. *Entente de vente*.
- Comptoir Belge des Charbons*, 351, 352.
- Comptoir de vente du charbon de la Ruhr*, 353 et s., 359 note (62), 361.
- Concentration**, 120 et s., 138, — des entreprises, 121. — des influences, 121. — effet de concentration dû à une entente, 342. — droit allemand, droit américain, 130 note (58). — traités C.E.C.A. et C.E.E., 121 et s., 134.
— V. aussi *Fusion, Groupe de sociétés, Participation*.
- Concession**, — de licence, 107, 284.
— de service public, 70.
— exclusive d'achat ou de vente, — en général, 103, 107. — atteinte au commerce entre Etats, 196. — constitutive d'une entente, 110, 115, 202 et s. — droit interne, 172, 183, 201, 203, 204. — effet sur les prix, 183. — notification, 285, 307. — opposabilité aux tiers, 203 note (6). — résultat d'une entente, 172, 201. — refus de vente, 203. — traité C.E.C.A., 205, — traité C.E.E., 196, 206, 263.
- Concurrence**, — agriculture, 361. — art. 419 C. pén., 19, 155 et s., 166, 167. — notion, 2 et s. — ordonnance de 1945, 175, 177 et s., 199. — possibilité d'éliminer la concurrence, 335, 361. — traité C.E.C.A., 188, 189, 199, 358 et s. — traité C.E.E., 190 et s., 199.
— V. aussi *Effet sur la concurrence*.
— déloyale, 162, 201.
— de prestation, 188.
— effective, 333, 350, 351 et s.
— imparfaite, 150.
— normale, 188, 189.
— parfaite, 317.
— possible, 345.
— sur le marché commun, 194, 361.
— sur les marchés d'oligopole, 85 et s.
- Condamnation pénale**, V. *Sanction*.
- Conditions**, — annexes à une autorisation, 351.
— de vente, V. *Entente de conditions de vente*.
— discriminatoires de vente, 201, 330, 337.
- Conférence maritime**, 221 note (19).
- Conflit**, — entre décisions de la Commission de la C.E.E. et d'une autorité nationale, 303 et s. — entre droit national et droit communautaire, 303 note (43).

Conseil de la C.E.E., — agriculture, 38. — art. 87-2-c, 37. — transports, 39. — règlements d'application, 277, 279.

Consent decree, 13 note (1).

Consommateur, — protection, 318, 335, 342, 361.

Constatacion des infractions, — art. 419 C. pén., 258. — ordonnance de 1945, procès-verbal, 240, 241, 259. — rapport d'enquête, 259. — rapporteurs, 240. — voie judiciaire, 259. — V. aussi *Instruction*.

Constitution, 49 note (3).

Constitution de partie civile, 253 et s.

Contingents, — de production, V. *Entente de production*. — de vente, V. *Entente de limitation des ventes*.

Contrat, — en général, 79, 81, 100 et s. — objet, V. *Clauses de l'entente*.

— accessoire, — à un contrat de bail ou de vente, 107, 202. — à des cessions de droits de propriété industrielle, 107, 172, 201, 202.

— d'enchaînement, 330.

— d'exclusivité, V. *Concession exclusive*.

— double, 115.

— innomé, 110, 117 et 118.

— simple, 106, 108, 109, 112.

Contrôle, — de la production, 333, 350.

— des débouchés, 333, 350.

— des ententes, 210 et s. — *a priori* et *a posteriori*, 229, 245. — autorité de contrôle, 220, 233 et s. — des ententes déjà autorisées, 238, 274, 305 et s. — effet dans le temps, 231. — ententes obligatoires, 221. — notification, 223. — régimes mixtes, 222 et s. — règles de contrôle en général, 228 et s. — traité C.E.C.A., 271. — traité C.E.E., 278, 282 et s.

Convention, 77.

Convention Faïence, addendum, 291.

Coopérative, — agricole, V. *Agriculture*.

— de production, 112 note (25).

Cornigliano-Fiat, 350.

Cour de Justice des Communautés, — arrêt du 18 mai 1962, 353 et s., 361. — arrêt du 6 avril 1962, 206, 280. — traité C.E.C.A., compétence, 33, 272. — traité C.E.E., compétence, 282, 283, 293.

Cours, V. *Prix courant*.

D

Date, — de l'autorisation, 272, 286.

Débouchés, — de la production, V. *Amélioration des débouchés*.

Décision, — d'association d'entreprises, 31, 80, 82. V. aussi *Nullité*.

— de la Commission de la C.E.E., 294, 304, 305.

— de la Commission technique, 243.

— du ministre chargé des affaires économiques, 247, 260 et s.

— d'application de l'art. 85-3°, — avis du comité consultatif, 296. — catégories d'ententes, 362 et s. — conflits de décisions, 303 et 304. — dans le secteur agricole, 361. — durée de la validité, 305 et 306. — ententes justifiant la décision, 361 et s. — opposabilité aux juridictions nationales, 300. — procédure, 283 et s., 298. — renouvellement, 305. — révocation, 305 et 306.

— constatant une infraction, — avis du comité consultatif, 296. — opposabilité aux juridictions nationales, 300. — procédure, 292, 298.

Déclaration, système dit de la déclaration, V. *Notification*.

- Décret**, — du 13 oct. 1946, 28. — du 14 nov. 1949, 28. — du 9 août 1953, 13 note (5), 235 note (2). — du 27 janv. 1954, 235 note (2), 241 note (14). — du 17 août 1959, 235 note (2), 241 note (14).
- Délai**, — imparti à la Commission technique, 242. — de prescription, 271.
- Délit d'entente prohibée**, 248.
- Demandes de renseignements**, 294. — V. aussi *Enquête*.
- Denrées**, 18.
- Développement du progrès économique**, — ordonnance de 1945, 329, 340, 342. — traité C.E.E., 361.
- Discrimination**, 162, 172, 201. — interdiction absolue, 330, 337. — selon la nationalité, 337.
- Dispositions transitoires**, V. *Régime transitoire*.
- Distribution**, — traité C.E.C.A., 32. — V. *Amélioration de la distribution*.
- Droit**, — américain, V. *Etats-Unis*.
— comparé, V. *Législations étrangères*.
— transitoire, traité C.E.E., 200, 307.
- Duopole**, 85 note (3).

E

- Economie de marché**, 47 et s., 52, 55, 56. — secteur public, 68 et s. — traités, 72 et s.
- Effets**, — privés, V. *Valeurs mobilières*.
— publics, 21, 54, 62.
- Effet**, — rétroactif, V. *Rétroactivité*.
— sur la concurrence, 142 et s. — action concertée, 147. — appréciation *in abstracto* ou *in concreto*, 175 et 176. — art. 419 C. pén., 154 et s., 310 et s. — ordonnance de 1945, 170, 174 et s., 329 et s., 339 et s. — effet hypothétique, 144, 145, 148, 149, 150. — entente juridiquement formée, 148. — relation avec l'effet sur les prix, 183, 185. — tentative, 143, 147, 148. — traité C.E.C.A., 189, 333 et s., 350 et s. — traité C.E.E., 192, 335, 361.
— sur les prix, 149, 150, 154 et s., 181 et s. — art. 419 C. pén., 142, 143, 153, 154 et s., 162. — ordonnance de 1945, 144, 146, 148, 181 et s., 342. — traité C.E.C.A., 145, 353 et s. — traité C.E.E., 145, 361.
- Energie atomique**, V. *Communauté européenne de l'énergie atomique*.
- Enquête**, — de la Commission de la C.E.E., 291. — de la Commission technique, 240, 259. — par secteurs, 291. — V. aussi *Instruction*.
- Enregistrement des ententes**, V. *Notification*.
- Entente à tendance monopolistique**, — art. 419 C. pén., 155 et s., 167, 324, 325.
- Entente autorisée**, — contrôle, 238, 305, 274. — traité C.E.C.A., 272, 274, 334. — traité C.E.E., 283 et s., 335.
- Entente d'achat**, 105, 200. — forme, 110, 115. — traité C.E.C.A., 333, 334, 350. — traité C.E.E., 337.
- Entente de conditions de vente**, 105, 170, 200. — forme, 108, 116.
- Entente de limitation des ventes**, 171, 200.
- Entente de partage de clientèle**, 105, 200. — atteinte à la concurrence, 171, 173, 174. — effet sur les prix, 183, 345. — forme, 108, 116.
- Entente de partage géographique**, 105, 200. — atteinte à la concurrence, 171. — effet sur les prix, 183, 343. — forme, 108, 116. — notification, 284.

- Entente de prix**, 105, 200. — art. 419, 163 et s., 155 et s. — commerce entre Etats, 196. — effet sur la concurrence, 170, 182. — interdiction absolue, 331, 337. — forme, 108, 116, 148. — notification, 284. — traité C.E.C.A., 353 et s. — validité, 311, 323, 343, 350, 361. — V. aussi *Vente à prix imposé*.
- Entente de production**, 105, 200. — atteinte à la concurrence, 158, 171, 174. — effet sur les prix, 183. — forme, 108, 116. — notification, 284. — validité, 316, 343, 350, 361.
- Entente de rationalisation**, 105, 200. — atteinte à la concurrence, 200. — forme, 108, 116. — notification, 284. — traité C.E.E., 284. — validité, 361, 343, 350.
- Entente de répartition des commandes**, 105, 200. — art. 419 C. pén., 158 et s. — forme, 110, traité C.E.C.A., 353.
- Entente de répartition des bénéfices**, 105, 200. — forme, 109, 115. — notification, 284.
- Entente de spécialisation**, 105, 200. — atteinte à la concurrence, 171, 174. — effet sur les prix, 183. — forme, 108, 116. — notification, 284. — traité C.E.C.A., 350. — validité, 343, 350, 361.
- Entente de type sociétaire**, 105, 108 note (15), 110. — V. aussi *Entente sous forme d'association, de société, de syndicat*.
- Entente de vente**, 105, 200. — art. 419 C. pén., 158 et s., 161, 311. — forme, 110, 115, 117. — traité C.E.C.A., 333, 334, 337, 350. — traité C.E.E., 192.
- Entente d'exportation**, V. *Exportation*.
- Entente d'importation**, V. *Importation*.
- Entente dirigée contre des tiers**, — en général, 201. — art. 419 C. pén., 162 et s., 167, 324, 325.
- Entente existant à la date d'entrée en vigueur du règlement n° 17**, 280 et s., 307.
- Entente expresse**, 77.
- Entente franco-belge sur le marché des matériaux de viabilité, addendum* : 29, 66, 279, 342, 345.
- Entente horizontale**, 200 et s. — V. aussi *Entente de type sociétaire*.
- Entente interdite**, V. *Interdiction*.
- Entente internationale**, 29.
- Entente obligatoire**, 219, 221, 329.
- Entente occulte**, 244.
- Ententes professionnelles dans le domaine de la publicité*, 144, 171, 173, 183.
- Entente sous forme d'association**, — en général, 101, 103, 105 et s. — critique, 116. — contrat innomé, 118.
- Entente sous forme de société**, 105 et s., 114, 115, 132. — contrat innomé, 118. — groupe de sociétés, 120 et s. — société fictive, 132. — V. aussi *Fusion*.
 — société à capital variable, 110.
 — société à responsabilité limitée, 106, 109, 110, 112.
 — société anonyme, 106, 109, 110, 112.
 — société civile, 104, 109.
 — société de personnes, 109, 110.
 — société en commandite par actions, 109.
 — société en participation, 106, 109, 112, 132, 136.
- Entente sous forme de syndicat**, 105 et s., 116, 118, 120, 128.
- Entente tacite**, 77. — V. aussi *Action concertée*.
- Entente verbale**, 83. — V. aussi *Action concertée*.

Entente verticale, 105, 107, **202** et s. — art. 419 C. pén., 203. — notification, 285, 307. — ordonnance de 1945, 203, 204, 330. — traité C.E.C.A., 205. — traité C.E.E., 206, 363.

Entrave à la concurrence, — V. *Pratique restrictive*.

Entreprise, — notion, 31, **41** et s. — information, 241, 242. — demandes de renseignements, 294. — saisine de la Commission de la C.E.E., 290 et 291. — saisine de la Commission technique, 237. — audition des entreprises intéressées, 294.
— artisanale, 32.
— chargée de la gestion de services d'intérêt économique général, 39, **74**.
— chargée de la gestion d'un service public, 68 et s.
— de distribution, 32.
— de production, 32.
— nationalisée, 70.
— privée de l'administration, 69.

Etablissement public, 70.

Etats membres de la C.E.E., — saisine de la Commission de la C.E.E., 291. — V. aussi *Autorités nationales*.

Etats-Unis d'Amérique, — action concertée, 87 et s. — concentrations, 131 note (58). — contrôle des ententes, 226, 229. — secteurs économiques soustraits à la législation anti-trust, 37 note (55).

Euratom, — V. *Communauté européenne de l'énergie atomique*.

Evocation, — droit d'évocation au fond, 250.

Exception, — de nullité, 266. — d'incompétence, 298.

Expertise, **258**, 259.

Exportation, 29, 194. — atteinte au commerce entre Etats, 196. — fixation des prix à l'exportation, 337. — notification des ententes, 284 et s.

F

Fabricants de bandes transporteuses en caoutchouc, 170 note (44), **345**.

Fabricants de cœurs d'aiguillages en acier moulé au manganèse, 95, 170, 171, **341**.

Fabricants de culots de lampes électriques, 95, 144, 147, 171, **342**, **345**.

Fabricants de demi-produits en métaux cuivreux, 112, 148, 171, 174, 183.

Fabricants de fils et câbles électriques isolés, 148, 171, 174, 176, 181, 183, **340**, **342**, **344**.

Fabricants de faux et faucilles, addendum : 112, 136, 171, 184, 268, **345**.

Fabricants de fourches et crocs, addendum : 148, 184, 238, **342**.

Fabricants de fûts métalliques, 95, 112, 171 note (48), 181, **341**.

Fabricants de jantes et de guidons, 112, 148, 182, **346**.

Fabricants de lampes électriques, 148, 171, 174, 176, 183.

Fabricants de linoléum, addendum : 29, 95, 170, 171, 331, **345**.

Fabricants de meules et produits abrasifs agglomérés, 112, 170, 174, 181, **342**, **345**.

Fabricants de raccords en fonte malléable, addendum : 95, 112, 171, **345**.

Fabricants de tuyaux en caoutchouc, addendum : 331.

Fabricants de verre électrotechnique, 95 note (33), **147**, 170 note (40), 174.

Fabricants de verre plat, 112, 176, **342**.

Fabricants d'outils agricoles à main, 112, 170 note (42), 171 note (49), 181, **342**, **345**, addendum : 238.

Ferraille, 32.

- Filiale**, 42 note (74). — V. aussi *Groupe de sociétés*.
Firma J. Nold K. G. c. H. A., 33.
Firme pilote, V. *Action concertée*.
Fixation des prix, V. *Entente de prix*, *Entente verticale*.
Flagrant délit, 237, 250, 252, 259 note (51).
Fonds de commerce, 19.
Forges d'Audincourt, du Saut-du-Tarn et Société des forges et ateliers du Creusot, 350.
Forme juridique de l'entente, 100, 103 et s., 144 et s., 147 et s., 320.
Fusion, 101, 120 et s. — droits étrangers, 130 note (58). — droit interne, 122, 125, 130, 134 et s. — partielle, 120, 128, 132, 135 et s. — société fictive, 132, 136. — totale, 120, 128, 132, 135 et s. — traité C.E.C.A., 122, 134. — traité C.E.E., 124, 134.

G

- Gain anormal**, 153, 321, 323.
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), V. *Allemagne*.
Groupe de sociétés, 120 et s., 138.
Groupement des affréteurs pour les expéditions de charbon, 66, 112 note (25).

H

- Hausse des prix**, V. *Effet sur les prix*.
Haute Autorité de la C.E.C.A., — autorisation des ententes, 272 et s., 359. — rôle, 189. — pouvoirs d'information, 33. — compétence, 273. — sanctions, 275. — surveillance des ententes, 274.
Helmstedter Braunkohlenverkauf - G.m.b.H., 350, 351.
Holding, 43.
Hôtel, 27.

I

- Immeubles**, — locations, 27. — opérations immobilières, 55, 56.
Importateurs de bois du Nord, addendum : 29.
Importation, — ententes, atteinte au commerce entre Etats, 196. — fixation des prix, 337. — notification, 284 et s. — traités C.E.C.A. et C.E.E., 194.
Incompétence des autorités nationales, 273, 298.
Indemnités, — pour retard, 171. — de dépossession, 171, 173.
Individualvertrag, 108 note (15). V. *Entente verticale*.
Industrie de l'acier moulé, addendum : 112, 148, 171, 175.
Industrie de la meunerie parisienne, 171 note (49), 181, 346.
Industrie et commerce de la levure de panification, 112, 148, 170 note (40), 171 note (50), 174, 183, 345.
Industrie de réparation du matériel roulant ferroviaire, 171 note (50), 345.
Industrie des aciers étirés, addendum : 112, 170, 171.
Industrie des tubes d'acier, addendum : 64, 112, 148, 171, 175, 342, 346.
Industrie des tuyaux en fonte, addendum : 64, 136, 331, 345.
Industrie des verres d'optique médicale et de lunetterie, addendum : 95, 147, 170, 181, 331, 345.

Industrie du fil mousse de nylon, *addendum* : 170, 172, 203, 238, 329.

Industrie du magnésium, 107 note (14), 138 note (74), 172, 181, 202, 203 note (13), 340 note (13).

Industrie du savon de ménage, 148, 171, 174, 176, 183, 340.

Industrie du sel, *addendum* : 66, 112, 171, 331, 345.

Industrie du superphosphate, *addendum* : 112, 114, 171, 175, 238, 345.

Information judiciaire, V. *Constatation des infractions*.

Infraction, V. *Constatation des infractions*.

Injonction aux membres de l'entente, 131, 291, 292.

Instruction, — auditions, 242, 294. — comité consultatif, 296. — devant la Commission de la C.E.L., 291, **294**. — devant la Commission technique, 240 et s. — des infractions à l'art. 419 C. pén., 250, 258 et s. — des infractions à l'art. 37-3°, 251 et s., 259 et s. — des infractions à l'art. 85, 294, 301. — nullité, 237. — secret d'affaires, 292. — vérifications et demandes de renseignements, 294.

Intention délictueuse, — art. 419 C. pén., **143**, 149, 311.

Interdiction, — des ententes, agriculture, 38. — pure et simple, 12, 13, **210**, — système dit de l'interdiction, 189, 192, 219, **223**, 224, 282. — V. aussi *Cessation des infractions*.

— absolue, 327, **328** et s.

— de revendre en l'état, 172, 201, 202.

— d'exporter ou réexporter, 201, 202, 206.

Interprétation des lois pénales, 54.

Interstate Circuit Inc. v. U.S., **88**, 96.

Intervention de l'Etat, 58, 64, **65**. — V. aussi *Ententes obligatoires*.

— des collectivités locales, 70.

Italie, — ententes obligatoires, 221 note (11).

J

Justification de l'entente, 342 et s., 350 et s., 361 et s.

— civile, — compétence, 246, 268, 273, 300. — V. *Tribunal*.

— nationale, compétence pour appliquer l'art. 85, 288, 300. — conflit de décisions, 303.

— pénale, V. *Tribunal correctionnel*.

Justification, — de l'entente, 342 et s., 350 et s., 361 et s.

L

Législations étrangères, 220 note (10). — action concertée, 87 et s. — admission des ententes, 227. — application des traités, 192, 206. — contrôle *a priori*, 229. — déclaration obligatoire, 223. — ententes obligatoires, 221. — interdiction des ententes, 223, 225 note (24), 226, 229. — opérations de concentration, 130 note (58), — pouvoirs du juge, 308 note (1). — secteurs soustraits, 37 note (55), 38 note (60).

Leistungswettbewerb, 188 note (93).

Liberté, — des ententes, 219.

— du commerce et de l'industrie, — entente dirigée contre des tiers, 165.

— nullité de l'entente, 165, 314, **317** et s., 326. — art. 419 C. pén., 54, 166. — restrictions conventionnelles, 318 et s.

Libre circulation des capitaux, ententes restreignant la —, 337.

Libre exercice d'une profession, — restrictions, 173. — V. aussi *Mise à l'index*.

Licence de brevet, V. *Brevet d'invention*.

Limitation, — de la production, 333, 350. — V. aussi *Entente de production*.
 — des débouchés, 333, 350.
 — des ventes, V. *Entente de limitation des ventes*.

Liste de prix, V. *Entente de prix*.

Location, V. *Immeuble*.

Loewe v. Lawlor, 67 note (47).

Loi, — allemande sur les restrictions de concurrence, V. *Allemagne*.
 — belge, V. *Belgique*.
 — de l'offre et de la demande, 153, 323.
 — des 2-17 mars 1791, 49. — V. *Liberté du commerce et de l'industrie*.
 — du 21 mars 1884, 320.
 — du 20 avril 1916, 63, 19 note (11).
 — du 3 décembre 1926, modifiant l'art. 419 C. pén., 11, 20, 125, 160, 323.
 — instruction préparatoire, 249 et s. — travaux préparatoires, 143, notes (2), (6) et (7), 323 note (39).
 — du 21 octobre 1940, 24.
 — du 14 oct. 1943, 203 note (5).
 — du 2 juillet 1963, 13 note (5), 234 note (1), 268 note (68), 332 note (3).
 — italienne, V. *Italie*.
 — néerlandaise, V. *Pays-Bas*.
 — *Webb Pomerene*, 29.

M

Majoration, — discriminatoire de prix, — atteinte à la concurrence, 162, 172, 201. — concession exclusive, 204. — imputation à l'entente, 146 note (74).
 — interdiction absolue, 330, 337.

Mannesmann A.G. c. H.A., 42 note (74).

Marchandise, — art. 419 C. pén., interprétation du terme, 19, 20, 54, 55. — corporelles et incorporelles, 20. — valeurs mobilières, 21.
 — traité C.E.E., 34.

Marché, — action sur le marché, V. ce mot. — biens de substitution, 60. — connaissance, 150, 176, 196, 345, 351 et s. — contrôle, 179. — influence sur le marché, 351. — partage géographique des marchés, V. *Entente de partage géographique*.
 — structure, art. 65 C. E. C. A., 358, 359.
 — concurrentiel, 61.
 — d'oligopole, 85 et s., 356 et s.

Marché commun, 32, 35 et s., 50, 51. — concurrence sur le marché commun, 194. — ententes faisant obstacle au marché commun, 336. — partie substantielle des produits en cause, art. 65 C.E.C.A., 333, 350, 351 et s.; art. 85 C.E.E., 335, 361. — position dominante, 356. — structure, taille des entreprises, 359.

Matières premières, 25, 32, 35.

Mauvaise entente, — critère, 214 et s., 227. — jurisprudence française, 161, 165, 167, 310 et s. — législations modernes, 327 et s.

Mesure provisoire, — loi du 2 juillet 1963, 268 note (68).

Milgram v. Loew's inc., 89 note (18).

Ministère, — intéressé, — audition des représentants, 242. — observation des représentants, 241. — saisine de la Commission technique, 237.

Ministère public, — opportunité des poursuites, 252. — saisine de la Commission technique, 237. — transaction, 263. — transmission des affaires au ministère public, 237, 243, 252, 261.

Ministre chargé des affaires économiques, — application du droit communautaire, 301. — compléments d'enquête, 259. — décisions, 247, 252, 261, 262. — instruction des affaires, 259. — lettre aux dirigeants de l'entente, 261. —

liaison avec la Commission de la C.E.E., 294. — rôle, 252. — saisine de la Commission technique, 237. — transaction, 263.

Ministre de la justice, 237.

Mise à l'index, 165.

Monopole, — ententes disposant d'un monopole quasi absolu, application de l'art. 419 C. pén., 156, 158, **159**. — liberté du commerce et de l'industrie, 318.
— V. aussi *Entente à tendance monopolistique*.
— fiscal, 62, 74.
— national, présentant un caractère commercial, 74 note (65).

Munitions, V. *Armes et munitions*.

N

Navigation, V. *Transport*.

Niedersächsischer Kohlenverkauf - G.m.b.H., 351.

Normes, V. *Entente de rationalisation*.

Notification, — régime dit de la notification obligatoire, 223, 224.
— traité C.E.E., règlement n° 17, **284** et s. — entente existant à l'entrée en vigueur du règlement, 307. — formalité, 361 note (66). — catégories d'ententes, 362.

Nullité, — art. 65 C.E.C.A., 273. — art. 85 C.E.E., 300.
— droit interne, — art. 419, **313** et s., 326. — principe de la liberté du commerce, **317** et s., 326. — ordonnance de 1945, 266. — prescription de l'action, 271. — procédure, 266 et s.

O

Oberrheinische Kohleunion (O.K.U.), 351, 352.

Objet, — entente ayant pour objet d'entraver le plein exercice de la concurrence, 144, **148**, 145.

Obligation, V. *Valeur mobilière*.

Oligopole, 85 et s., 356 et s.

Opérations immobilières, V. *Immeubles*.

Ordonnances du 30 juin 1945, 49.

Ordonnance du 29 septembre 1945, 28.

Ordre public, — cause illicite, nullité de l'entente, 313.
— ordre public économique, 48, 49.

Organes, — de l'entente, 103, 105, **108** et s., 132, 137.
— chargés du contrôle des ententes, V. *Commission de la C.E.E.*, *Commission technique des ententes*, *Haute autorité de la C.E.C.A.*, *Autorité de contrôle*.

Organisation du marché de la langouste, 172, 176, 183, 203 note (13).

P

Parallélisme d'actions, V. *Action concertée*.

Parquet, V. *Ministère public*.

Partage de clientèle, V. *Entente de partage de clientèle*, de *partage géographique*.

Participation, — liens de participation, 102, **120**, 138.
— société en participation, V. ce mot.

Part de fondateur, V. *Valeur mobilière*.

- Pays-Bas**, — entente obligatoire, 221. — loi du 28 juin 1956, 223, 224, 228 note (30).
— loi du 5 décembre 1957, 279 note (15).
— notification obligatoire, 223.
- Pénalités**, — pour avance, 171, 183.
— V. aussi, *Sanction pénale*.
- Personne morale**, — décision, 82. — entente pourvue de la personnalité morale, 100, 105, 110, 112. — dans la notion d'entreprise, 42. — organes de l'entente, 120 et s. — fusion, 127 et s.
- Personne privée**, — audition, 242, 291, 294. — connaissance des rapports, 241, 242. — demande de renseignements, 294. — dépôt d'observations, 241. — saisine de la Commission technique, 239, 245; de la Commission de la C.E.E., 291.
- Politique économique**, en matière d'ententes, 5 et s., 213 et s.
- Position dominante**, sur le marché commun, 356, 361, 363.
- Poursuites judiciaires**, V. *Action publique*.
- Pouvoir**, — de déterminer les prix, art. 65 C.E.C.A., 333, 350, 351 et s., 355, 357.
— d'information, de la Haute Autorité, 33. — de la Commission de la C.E.E., 294.
- Pratique concertée**, V. *Action concertée*.
- Pratique restrictive**, 141 et s., 153 et s., 169 et s., 187 et s. — action concertée, 147, 149. — commerce entre Etats membres, 196. — entente juridiquement formée, 148. — entente horizontale, 200 et s. — entente verticale, 202. — individuelle, 12, 125. — stipulations accessoires à des droits de propriété industrielle, 107, 172, 201, 202.
- Prescription**, 271.
- Preuve**, — aveu de l'existence de l'entente, 341. — action concertée, 83, 147. — décision d'association, 148. — effet sur les prix, 154, 184. — entente juridiquement formée, 148. — justifications prévues par l'art. 59 *ter*, 341.
- Price leadership*, V. *Action concertée*.
- Prix**, V. *Entente de prix*, *Effet sur les prix*.
— courant, art. 419 C. pén., 60.
— de revente imposé, 202 et s., 205, 206, 284. — concession exclusive, 203 note (71), 204. — interdiction absolue, 330. — résultat d'une entente horizontale, 201.
— de revient, notion, 23. — abaissement, 341, 342, 361.
— de vente, notion, 23. — abaissement, 342, 361. — imposé, V. *Entente de prix*, *Prix de revente imposé*.
— minimum, V. *Entente de prix*, *Prix de revente imposé*.
— officiel, 63.
— taxé, 63, 49.
- Procédure**, 233 et s. — droit communautaire, 272 et s. — droit interne, 248 et s.
— engagement par la Commission de la C.E.E., 298. — flagrant délit, 237, 252.
— instruction, V. ce mot. — récidive, 237, 252. — urgence, 237, 252.
- Procès-verbal**, 240, 241, 259.
- Production**, — activité des membres de l'entente, 20, 22, 25, 32, 35. — amélioration, 333, 335, 350, 361. — débouchés, 329, 340, 342. — limitation, V. *Entente de production*.
- Profession libérale**, 43, 60, 67.
- Progrès**, — économique, V. *Développement du progrès économique*.
— technique, 361.
- Projet**, — loi Flandin-Marchandeu, 221.
— lois relatives aux ententes, 228 note (30).
— révision de l'art. 65 C.E.C.A., 334 note (8).

Propriété industrielle, — conflit avec les règles de concurrence, 172. — stipulations accessoires, 201, 202, 284. — traité C.E.E., 284, 363. — V. aussi *Brevet d'invention*.

Protection des prix, 152, 185.

Publicité des ententes, 223, 294.

Q

Question préjudicielle, — avis de la Commission technique, 246, 268. — interprétation du Traité C.E.E., 206. — compétence de la Commission de la C.E.E., 298, 299. — compétence de la Haute Autorité, 273. — compétence des autorités nationales, 300.

Quotas de production, V. *Entente de production*.

R

Rabais, V. *Entente de conditions de vente*.

Rapport de la Commission technique, 242.

Rapporteur devant la Commission technique. — audition, 242. — Complément d'enquête, 259. — dépôt des rapports, 241. — instruction des affaires, 240 et s. — nomination, 236.

Rapprochement des droits, 349.

Rationalisation, — V. *Entente de rationalisation*.
— effet de rationalisation, 340, 342.

Récidive, 237, 252.

Recours, — de pleine juridiction, 293.

— en annulation, 33, 282, 283, 293.

— pour excès de pouvoir, contre les avis de la Commission technique, 243.
— contre les décisions du ministre, 262. — en général, 264.

Refus de vente, — auteur du délit, 23. — concession exclusive, 203, 204. — interdiction absolue, 330. — résultat d'une entente, 172, 201.

Régie, 70. — des tabacs, 74.

Régime transitoire, — traité C.E.C.A., 272 note (2). — traité C.E.E., 277 et s., 307.

Registre des ententes, V. *Notification*.

Règle, — de concurrence, 3 et s., 48 et s., 191.

— « le criminel tient le civil en l'état », 268.

Règlement n° 17, 282 et s. — application des décisions dans le temps, 284, 305, 307. — application de l'art. 85-1°, 288 et s. — application de l'art. 85-3°, 283. — attestation négative, 290. — audition des intéressés, 294. — autorisation, 283. — catégories d'ententes, 362. — comité consultatif, 296. — compétence de la Commission, 286, 288, 289 et s. — compétence des autorités nationales, 288, 295, 297. — concession exclusive, 284, 286. — demande de renseignements, 294. — ententes existantes, 307. — notification, 284, 291, 307. — pouvoirs de la Commission, 291. — vérifications, 294.

Règlement n° 26, 38, 73, 361.

Règlement n° 141, 39, 73.

Réseau de ventes, 363. — V. *Concession exclusive*.

Restriction de concurrence, V. *Effet sur la concurrence*.

Répression pénale, V. *Action publique, Instruction, Sanction pénale*.

Responsabilité, V. *Action en responsabilité*.

Rétroactivité, — décisions, 231, 306. — décision d'application de l'art. 85-3°, 283 et s., 286. — entraînant une contrariété de décisions, 303 note (44). — interdiction, 292. — régime transitoire, 307.

Revision de l'art. 65 C.E.C.A., 334 note (8).

Réunion, 79, 101. — entre les principaux détenteurs, 19, 323.

Revente à prix imposé, V. *Prix de revente imposé*.

Ruhr, — entreprises charbonnières, 353 et s., 359 note (62).

S

Saisie, — des biens, 240. — des documents, 240.

Saisine, — de la Commission de la C.E.E., 298, 291. — de la Commission technique, 237. — d'office, 237.

Sanction, — avis de la Commission technique, 347. — civile, V. *Nullité, Action en responsabilité*. — des infractions au droit communautaire, 275, 292, 301. — pénale, 231, 260, 264.

Secteur économique, — application du droit des ententes, — en général, 52. — Agriculture, V. ce mot. — Allemagne, 37 note (55), 38 note (60). — droit interne, 17 et s., 23 et s., 57 et s. — Etats-Unis, 37 note (55). — Traité C.E.C.A., 32, 33, 72. — Traité C.E.E., 34, 37, 40, 73 et s. — Transport, V. ce mot.

Secteur public, 68 et s.

Service, — application du droit des ententes, droit interne, 19, 20, 22, 24. — Traité C.E.C.A., 32. — Traité C.E.E., 35.

— public, — collectivités locales, 70. — Etat, 70. — industriel et commercial, 68 et 69. — Traité C.E.E., 74.

Société, — civile, commerciale, V. *Entente sous forme de société*.

— d'économie mixte, 70.

— d'Etat, 70.

— double, 115 note (34).

— en participation, — caractère occulte, 106. — fictive, 132. — forme de l'entente, 112, 136. — partage de bénéfices, 109.

Société d'importation des faux et faucilles et matériel agricole, addendum : 29, 112.

Spécialisation, V. *Entente de spécialisation*, — effet de spécialisation, 340, 342, 350.

Spéculation, — droit interne, 19, 26, 55, 57. — illicite, 63. — loi du 20 avril 1916, 63. — loi du 3 déc. 1926, 153. — immeubles, 55, 56.

Statut, — civil des ententes, 114 et s., 118.

— statuts de l'entente, 148, 149, 340, 344.

Succursale, 42.

Suroffre, 12.

Sursis à statuer, V. *Question préjudicielle*.

Syndicat, — exploitant agricole, 56. — décision des dirigeants, 82.

— professionnel, V. *Entente sous forme de syndicat*. — ouvrier, 67. — aux Etats-Unis, 67 note (47).

T

Tabac, V. *Monopole fiscal*.

Tarif, — de soutien, 39. — de vente, V. *Entente de prix, Prix de revente imposé*.

Taxation des prix, V. *Prix taxés*.

Tentative, art. 419 C. pén., 142, 143, 146, 148, 315.

Theatre Enterprises inc. v. Paramount Film distributing Corp., 91.

Titres négociables, V. *Valeur mobilière*.

Transaction, 263.

Transmission des documents, V. *Communication*.

Transport, — d'intérêt général, 27. — discrimination, 337. — droit interne, 19. —
— fluvial, 28, 57, 66. — maritime, 221. — règlement n° 141, 39, 73. — routier,
28, 57. — tarif de soutien, 39. — Traité C.E.C.A., 32. — Traité C.E.E., 39, 70, 74.

Tribunal, — correctionnel, 246, 260, 262, 263, 264. — de grande instance, de commerce, 245, 246, 248, 255, 266 et s. — sursis à statuer, 298. — V. aussi *Juridiction nationale*.

Trust, 101, 103, 121. — V. aussi *Fusion*, *Groupe de sociétés*.

U

Underselling, 19, 162, 163.

Union, 112 note (29). — commerciale, 121. — financière, 121.

United Mine Workers of America v. Coronado Coal C°, 67, note (47).

Urgence, — procédure, 237, 252.

U.S. Alkali Export Association v. U.S., 29 note (46).

U.S. v. E.I. du Pont de Nemours, 60 note (29).

U.S. v. Masonite Corp., 88 note (17).

U.S. v. Minnesota Mining and Manufacturing C°, 29 note (46).

U.S. v. William L. Hutcheson, 67 note (47).

Utilisateurs (partie équitable du profit réservée aux —), — ordonnance de 1945, 342.
— Traité C.E.E., 335, 361.

V

Valeur mobilière, — art. 419 C. pén., 21 et s., 54. — ordonnance de 1945, 26, 57.
— Traité C.E.E., 43.

Véhicule, — d'occasion, 28, 57.

Vente, — activité de vente, Traité C.E.C.A., 32. — entente de vente, V. ce mot.

— à prix imposé, V. *Entente de prix*, *Prix de revente imposé*.

— couplée ou jumelée, 202. — interdiction absolue, 330. — V. aussi *Entente verticale*.

Vereiniging van Fabriksleveranciers van Geslagen Schroot i. o., 350.

Vérifications, — par la Commission de la C.E.E., 294.

Visite, — des locaux, magasins, habitations, 240, 294.

W

Westdeutsche Schrotteinkaufs-Vereinigung, 351.

Workable Competition, 150.

TABLE DES MATIERES

	PAGES
PRÉFACE	7
INTRODUCTION (1 à 10)	13
PREMIERE PARTIE	
DEFINITION DE L'ENTENTE ECONOMIQUE	
INTRODUCTION ET PLAN (11 à 14)	23
TITRE I	
LES SECTEURS ECONOMIQUES	
SOU MIS A L'ACTIVITE DES ENTENTES	
INTRODUCTION ET PLAN (15)	31
CHAPITRE I ^{er} . — LA DIVERSITE DES CRITERES PREVUS PAR LES TEXTES (16 à 45)	32
Section I. — Les critères du droit interne (16 à 30)	32
§ 1. — <i>Les secteurs de l'activité économique dans lesquels l'art. 419 C. pén. est applicable</i> (17 à 22)	32
§ 2. — <i>Les secteurs de l'activité économique dans lesquels les art. 59 bis et 59 ter de l'ordonnance 45-1483 sont applicables</i> (23 à 30)	38
A. — Le principe posé par l'art. 60 (25 et 26)	40
B. — Les dispositions spéciales de l'art. 60 (27 et 28)	43
C. — Les dispositions spéciales des art. 61 et 62 (29 et 30) ..	45
Section II. — Les critères du droit communautaire (31 à 45)	47
§ 1. — <i>Les secteurs de l'activité économique auxquels s'appli- quent les art. 65 CECA et 85 CEE</i> (32 à 40)	47
A. — Dans le Traité CECA (32 et 33)	47
B. — Dans le Traité CEE (34 à 40)	50
§ 2. — <i>La notion d'entreprise</i> (41 à 45)	59
CHAPITRE II. — L'EXISTENCE D'UN CRITERE COMMUN (46 à 76)	67
Section I. — Le régime de l'économie de marché (47 à 52)	67
§ 1. — <i>Le but des règles de concurrence</i> (48 à 51)	68
§ 2. — <i>La formulation du principe</i> (52)	74

Section II. — Le rôle de l'idée d'économie de marché dans la réglementation des ententes en droit interne (55 à 71)	75
§ 1. — <i>Les difficultés d'interprétation propres à chacun des textes de la législation interne des ententes (54 à 57)</i>	75
A. — Domaine d'application de l'art. 419 C. pén. (54 à 56) ..	75
B. — Domaine d'application des art. 59 bis et s. de l'ordonnance 45-1483 du 30 juin 1945 (57)	81
§ 2. — <i>Les difficultés d'interprétation communes à l'ensemble de la législation française des ententes (58 à 71)</i>	82
A. — Difficultés qui naissent du régime des prix (59 à 64) ..	82
B. — Les difficultés qui naissent de l'intervention de l'Etat dans l'organisation de certaines professions. Le problème des exceptions virtuelles (65 à 71)	90
Section III. — Le rôle de l'idée d'économie de marché dans la réglementation des ententes en droit communautaire (72 à 76). ..	99
A. — Dans le Traité CECA (72)	99
B. — Dans le Traité CEE (73 à 76)	99

TITRE II

L'ACCORD ENTRE LES MEMBRES DE L'ENTENTE

INTRODUCTION ET PLAN (77)	105
Section préliminaire. — La notion d'accord (78 à 82)	106
A. — Comparaison des textes (79 et 80)	106
B. — Classification des divers types d'accords (81 et 82)	107
CHAPITRE I^{er}. — L'ACTION CONCERTÉE (83 à 99)	110
Section I. — Les données économiques du problème (85)	111
Section II. — La solution du problème juridique (86 à 99)	114
§ 1. — <i>Le problème en droit américain anti-trust (87 à 93)</i>	115
§ 2. — <i>Le problème en droit français et en droit communautaire (94 à 99)</i>	120
CHAPITRE II. — L'ACCORD JURIDIQUEMENT FORME (100 à 138)	127
Section I. — La forme juridique de l'entente organisée (103 à 119) ..	129
§ 1. — <i>La multiplicité des formes possibles (104 à 113)</i>	130
A. — Les formes théoriquement possibles (107 à 111)	133
B. — Les formes utilisées en pratique (112 et 113)	137
§ 2. — <i>L'absence d'une forme juridique absolument adéquate (114 à 119)</i>	139
Section II. — Les problèmes soulevés par les personnes morales. Le cas des fusions et des groupes de sociétés (120 à 138)	145
§ 1. — <i>Exposé du problème (120)</i>	145
§ 2. — <i>Position de principe de la doctrine (121)</i>	147

§ 3. — <i>Les fusions d'entreprises au regard des textes. Solutions doctrinales et jurisprudentielles</i> (122 à 136)	149
A. — L'identité des textes (122 à 126)	149
B. — Solutions proposées en doctrine (127 à 133)	151
C. — Les solutions en jurisprudence (134 à 136)	159
§ 4. — <i>Conclusion. Extension de la solution aux groupes de sociétés</i> (137 et 138)	163

TITRE III

LES MANIFESTATIONS DE L'ENTENTE

INTRODUCTION ET PLAN (139 et 140)	167
CHAPITRE I ^{er} . — VALEUR RESPECTIVE DES DIVERSES MANIFESTATIONS DE L'ENTENTE AU POINT DE VUE DE SA DEFINITION (141 à 149)	170
§ 1. — <i>La souplesse des textes</i> (142 à 146)	171
A. — Le droit interne (142 à 144)	171
B. — Le droit communautaire (145 et 146)	174
§ 2. — <i>Relations entre l'activité et la forme de l'entente</i> (147 à 149)	176
CHAPITRE II. — RECHERCHE D'UNE DEFINITION FONDÉE SUR LES EFFETS DE L'ENTENTE ECONOMIQUE (150 à 198).	180
Section I. — Les effets de l'entente en droit interne (152 à 185).	181
§ 1. — <i>La jurisprudence rendue à propos de l'art. 419 C. pén.</i> 153 à 167)	181
A. — Les ententes à tendance monopolistique (155 à 161) ..	184
1° Ententes ayant pour objet de fixer les prix consentis par les adhérents (155 à 157)	184
2° Ententes ayant pour objet de concentrer l'offre entre les mains d'un intermédiaire unique (158 à 161)	187
B. — Les ententes dirigées contre des tiers (162 à 167)	191
§ 2. — <i>Les avis de la Commission technique des ententes rendus à propos de l'art. 59 bis de l'ordonnance 45-1483</i> (168 à 185)..	197
A. — L'entrave au plein exercice de la concurrence (169 à 180) ..	197
1° Les pratiques qui ont été qualifiées d'entraves au plein exercice de la concurrence (170 à 173)	198
2° La méthode suivie par la Commission technique des ententes (174 à 176)	204
3° La notion de concurrence (177 à 180)	208
B. — L'effet sur les prix (181 à 185)	211
Section II. — Les effets de l'entente en droit communautaire (186 à 198)	216
§ 1. — <i>L'atteinte à la concurrence à l'intérieur du marché commun</i> (187 à 194)	216
§ 2. — <i>Les ententes qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres</i> (195 à 198)	225

CHAPITRE III. — CONTENU DE LA DEFINITION PROPOSEE (199 à 207)	228
§ 1. — <i>Les ententes horizontales</i> (200 et 201)	228
A. — Les limitations de concurrence entre les membres de l'entente (200)	229
B. — Les ententes dirigées contre des tiers (201)	230
§ 2. — <i>Les ententes verticales</i> (202 à 207)	230
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE (208 et 209)	240

DEUXIEME PARTIE

LE CONTROLE DES ENTENTES ECONOMIQUES

INTRODUCTION ET PLAN (210 à 212).	243
CHAPITRE PRELIMINAIRE. — LE CHOIX D'UNE POLITIQUE (213 à 232)	246
Section I. — Ententes et politiques économiques (214 à 220)	246
§ 1. — <i>Les données du problème</i> (214 à 218)	246
§ 2. — <i>Les principes qui gouvernent le choix d'un statut</i> (219 et 220)	251
Section II. — Les statuts concevables (221 à 232)	253
§ 1. — <i>Les ententes obligatoires</i> (221)	253
§ 2. — <i>Les régimes mixtes</i> (222 à 232)	255
A. — Exposé de la classification traditionnelle (223 à 225) ..	255
B. — Distinctions proposées (226 à 232)	259
1° Règles matérielles (227)	260
2° Règles de contrôle (228 à 232)	261

TITRE I

LES INSTRUMENTS DE LA POLITIQUE CHOISIE

INTRODUCTION ET PLAN (233)	267
CHAPITRE I^{er}. — LES REGLES DE CONTROLE EN DROIT INTERNE (234 à 271)	268
Section I. — La Commission technique des ententes et des positions dominantes (235 à 247)	269
§ 1. — <i>Composition de la Commission</i> (236)	269
§ 2. — <i>Saisine de la Commission</i> (237 à 239)	270
§ 3. — <i>Fonctionnement de la Commission</i> (240 à 242)	272
§ 4. — <i>Rôle de la Commission</i> (243 à 247)	275
Section II. — Les procédures de contrôle (248 à 271)	279
§ 1. — <i>La poursuite des infractions à l'art. 37-3° de l'ordon-</i> <i>nance 45-1483 et à l'art. 419 C. pén.</i> (249 à 265)	279
A. — La mise en mouvement de l'action publique (250 à 257).	280
1° Infraction à l'art. 419 C. pén. (250)	280

2° Infraction à l'art. 37-3° de l'ordonnance 45-1483 (251 à 257)	282
B. — La procédure d'instruction (258 et 259)	287
1° Infraction à l'art. 419 C. pén. (258)	287
2° Infraction à l'art. 37-3° de l'ordonnance 45-1483 (259) ..	288
C. — Les décisions (260 à 265)	290
1° Décision de transmission de l'affaire au parquet, prise par le ministre (261 et 262)	290
2° La transaction dans les termes du droit commun (263) ..	293
3° La condamnation pénale (264 et 265)	294
§ 2. — <i>Le contrôle exercé à l'occasion des procès civils</i> (266 à 271)	295
A. — Rôle de la Commission technique des ententes en matière civile (268)	296
B. — L'autorité au civil de la chose jugée au pénal (269 et 270)	297
C. — Les délais de prescription (271)	299
CHAPITRE II. — LES REGLES DE CONTROLE EN DROIT COMMUNAUTAIRE (272 à 307)	301
Section I. — Dans le Traité C. E. C. A. (272 à 275)	301
Section II. — Dans le Traité C. E. E. (276 à 307)	304
§ 1. — <i>Les difficultés survenues au cours de la période transitoire</i> (277 à 279)	304
§ 2. — <i>L'arrêt de la Cour de justice du 6 avril 1962</i> (280 et 281)	310
§ 3. — <i>Le règlement du 6 février 1962</i> (282 à 307)	313
A. — L'application de l'art. 85-3° CEE (283 à 287)	314
1° Les deux catégories d'ententes (284 et 285)	314
2° La procédure de reconnaissance de validité des deux types d'ententes (286 et 287)	316
B. — Le respect de l'interdiction formulée par l'art. 85-1° CEE (288 à 304)	319
1° Intervention de la Commission (289 à 293)	320
2° Les règles communes à toutes les décisions rendues par la Commission (294 à 296)	324
3° L'intervention directe des autorités des Etats membres (297 à 304)	326
C. — La surveillance des ententes autorisées (305 et 306) ..	334
D. — Régime transitoire (307)	336

TITRE II

L'APPLICATION DE LA POLITIQUE CHOISIE

INTRODUCTION ET PLAN (308 et 309)	339
CHAPITRE I^{er}. — LA METHODE TRADITIONNELLE D'APPRECIATION DES ENTENTES (310 à 326)	342
Section I. — La stricte application du texte pénal (311 et 312) ..	342

Section II. — La recherche du but de l'entente (313 à 322)	344
§ 1. — <i>Les conquêtes de la jurisprudence civile (314 à 319)</i>	344
A. — La nullité par application de l'art. 419 C. pén. (315 et 316)	345
B. — La nullité par application du principe de la liberté du commerce et de l'industrie (317 à 319)	346
§ 2. — <i>L'œuvre de la doctrine (320 et 321)</i>	349
§ 3. — <i>Les tentatives pour faire admettre en droit pénal le critère du but (322)</i>	351
Section III. — L'expérience de la loi du 3 décembre 1926 modifiant l'article 419 du Code pénal (323 à 326)	352
A. — L'application de l'art. 419 nouveau par les juridictions civiles (324)	354
B. — L'application de l'art. 419 nouveau par les juridictions pénales (325 et 326)	355
 CHAPITRE II. — LES METHODES MODERNES D'APPRECIATION DES ENTENTES (327 à 363)	 358
Section I. — Les interdictions absolues (328 à 338)	359
§ 1. — <i>La place des interdictions absolues dans l'ordonnance 45-1483 (329 à 332)</i>	359
§ 2. — <i>La place des interdictions absolues dans le Traité CECA (333 et 334)</i>	363
§ 3. — <i>La place des interdictions absolues dans le Traité CEE (335 à 338)</i>	366
Section II. — La recherche des effets de l'entente (339 à 363) . . .	369
§ 1. — <i>L'appréciation des ententes par la Commission technique (340 à 399)</i>	370
A. — L'élargissement des conditions posées par l'art. 59 ter (342)	372
B. — Le bilan économique de l'entente (343 à 346)	373
C. — Les sanctions et les remèdes (347 à 349)	377
§ 2. — <i>L'appréciation des ententes par la Haute Autorité et la Cour de justice des Communautés (350 à 360)</i>	379
§ 3. — <i>L'appréciation des ententes par la Commission de la CEE (361 à 363)</i>	393
 CONCLUSION (364 à 370)	 399
 BIBLIOGRAPHIE	 405
I. — Ouvrages généraux	405
II. — Ouvrages et thèses antérieurs à 1945	405
III. — Articles et notes de jurisprudence antérieurs à 1945	406
IV. — Ouvrages et thèses postérieurs à 1945	407
A. — Droit français	407
B. — Droit communautaire	408

TABLE DES MATIERES

439

V. — Articles et notes de jurisprudence postérieurs à 1945	409
A. — Droit français	409
B. — Droit communautaire	411
VI. — Droits étrangers et droit comparé	415
INDEX ALPHABETIQUE	417
TABLE DES MATIERES	433

ADDENDUM

24. — Le problème de l'application des articles 60 et s. a été soulevé devant la Commission technique des ententes à propos de l'*entente entre armateurs et transitaires*. En vertu d'un accord signé le 14 janvier 1958, les armateurs de la conférence des lignes françaises desservant la côte occidentale d'Afrique, s'étaient engagés à verser aux transitaires membres de l'entente une commission fixe. En contrepartie, les transitaires s'étaient obligés à remettre en exclusivité aux armateurs la totalité de leur trafic chargé dans les ports métropolitains compris entre Dunkerque et Bayonne à destination des ports de la côte occidentale d'Afrique compris entre Port-Etienne et Pointe-Noire. Fallait-il décider que, par application de l'article 62, les articles 59 *bis* et 59 *ter* de l'ordonnance 45-1483 étaient inapplicables à l'entente ? Dans son avis du 21 avril 1961 (*Rapport* 1960-62, p. 20), la Commission a estimé que, *en vertu de l'article 61-b de l'ordonnance*, les opérations couvertes par l'entente tombaient sous le coup des articles 59 *bis* et 59 *ter*, car ces opérations étaient effectuées « au moins pour partie » sur le territoire métropolitain.

Cependant, dans son rapport au ministre, la Commission a pris soin de préciser que, à ses yeux, le problème de l'application des articles 60 et s. ne se trouvait pas définitivement résolu, puisque, en l'espèce, quelle que soit la solution finalement adoptée, l'application des articles 59 *bis* et s. se trouvait justifiée (*Rapport* 1960-62, p. 3).

29. — Ces principes ont trouvé leur application dans plusieurs avis de la Commission technique.

La Commission s'est estimée compétente pour apprécier les effets sur le marché français de deux ententes internationales, l'*entente franco-belge sur le marché des matériaux de viabilité* (5 nov. 1960 : *Rapport* 1960-62, p. 14) et l'*entente entre fabricants de linoléum* (21 oct. 1961 : *ibid.*, p. 25). Il convient toutefois de remarquer que, dans ces deux espèces, plusieurs producteurs français étaient parties à l'entente. Dans la mesure où l'accord international restreignait la concurrence entre producteurs français, sur le marché français, les articles 59 *bis* et s. étaient certainement applicables. Pour des raisons qui sont sans doute d'opportunité, la Commission n'a pas abordé la question plus générale de savoir si les membres étrangers d'une entente intéressant le marché national tombent sous le coup de notre législation interne, comp. le § 98, al. 2, GWB : « la présente loi est appli-

cable à toutes les restrictions de concurrence qui se manifestent dans le domaine d'application de la présente loi, même si elles ont leur origine en dehors de ce domaine d'application »).

A propos de l'*entente entre armateurs et transitaires* (*Rapport* 1960-62, p. 20), entente qui concernait des opérations d'exportation, la Commission a estimé que, outre le fait que ces opérations étaient effectuées pour partie sur le territoire français et dans les eaux territoriales métropolitaines, il convenait d'examiner si l'entente comportait « des pratiques restrictives de la concurrence sur le territoire national ».

Enfin, la Commission a fait application des articles 59 *bis* et s. à deux ententes d'importation, l'*entente entre importateurs de bois du Nord* (17 déc. 1960 : *Rapport* 1960-62, p. 16) et la *Société d'importation des faulx et faucilles et matériel agricole* (22 juin 1962 : *Rapport* 1960-62, p. 29).

64. — Dans deux de ses avis, la Commission technique a implicitement admis que l'existence d'un régime de liberté contrôlée des prix n'exclut pas l'application des articles 59 *bis* et s. Ainsi, les *ententes dans l'industrie des tubes d'acier* (1^{er} avril 1960 : *Rapport* 1960-62, p. 8) et l'*entente dans l'industrie des tuyaux en fonte* (19 mai 1961 : *ibid.*, p. 21) faisaient obstacle à l'abaissement des prix de vente, bien qu'en principe ceux-ci fussent soumis au contrôle de l'administration.

66. — Si la réglementation autoritaire d'un secteur de l'économie peut écarter le jeu des articles 59 *bis* et s., c'est à la condition de conduire à une exclusion totale de l'économie de marché. Il ne suffit pas que les pouvoirs publics aient, par exemple, participé à l'élaboration de l'entente ou que le marché intéressé soit soumis à certaines interventions administratives (v. l'avis du 5 nov. 1960, *Entente franco-belge sur le marché des matériaux de viabilité* : *Rapport* 1960-62, p. 14). Il ne suffit pas non plus que l'entente ait pour objet d'agir dans le sens désiré par le législateur, ainsi que l'a noté la Commission technique à propos de l'*entente dans l'industrie du sel* (17 nov. 1962 : *Rapport* 1960-62, p. 31). Il est cependant permis de penser que, dans cette dernière affaire, la Commission n'a pas suffisamment motivé son avis. Dans l'Ouest de la France, la production du sel a fait l'objet de la loi du 19 août 1950 et du décret du 9 juillet 1951 qui obligent les producteurs à ne vendre que par l'intermédiaire de coopératives agréées. Les articles 59 *bis* et s. étaient-ils applicables à l'entente des producteurs des autres régions, dans la mesure où cette entente intéressait la production de l'Ouest ? Il aurait fallu rechercher si existait encore, sur le marché en cause, une possibilité de concurrence ou si au contraire la loi, intervenue comme l'a relevé la Commission pour maintenir une industrie économiquement non viable, n'était pas exclusive du régime d'économie de marché. La Commission s'est contentée de noter que la réglementation en vigueur n'établissait pas un régime d'entente obligatoire, au sens de l'article 59 *ter*-1^o. L'argument nous semble insuffisant.

95. — Cette analyse s'est trouvée largement confirmée par l'avis rendu à propos de l'*entente entre fabricants de raccords en fonte malléable* (22 oct. 1960 : *Rapport* 1960-62, p. 12). Le parallélisme d'action entre les deux sociétés se partageant en fait la production des raccords en fonte malléable était évident. Les produits étaient vendus au même prix et la répartition des commandes demeurait conforme à des quotas fixés par un accord ancien, dénoncé en 1952. L'accord tacite se déduisait, non pas directement du parallélisme, mais du fait qu'une entente juridiquement organisée avait lié les producteurs, entre les années 1948 et 1952.

Dans l'*entente dans l'industrie des verres d'optique médicale et de lunetterie* (16 juin 1961 : *Rapport* 1960-62, p. 23), l'action concertée n'avait, comme l'a relevé la Commission, « aucun support juridique », mais un tarif commun était édité et diffusé. Il est évident que l'existence d'un tel document suffisait à prouver l'accord tacite préalable.

Enfin, dans l'*entente entre fabricants de linoléum* (21 oct. 1961 : *Rapport* 1960-62, p. 25), on relevait entre les producteurs français une identité dans les barèmes de prix et dans les modes de calcul des rabais. L'accord se déduisait du fait que les producteurs en cause étaient parties à une entente internationale. Il est intéressant de noter que la Commission technique n'a pas examiné cette entente internationale elle-même, qui revêtait sans doute la forme d'une entente juridiquement organisée, mais qu'elle a simplement relevé l'état de fait qui en résultait sur le marché national.

112. — L'*entente entre fabricants de faux et faucilles*, fonctionnant sous forme de société en participation et dont l'existence avait été évoquée dans l'avis du 24 juin 1957 (*Rapport* 1954-59, p. 34), a été examinée par la Commission le 17 mars 1961 (*Rapport* 1960-62, p. 18).

L'*entente dans l'industrie de l'acier moulé* était conclue sous la forme d'une association qui, aux termes de ses statuts, se proposait « la gestion des fonds de compensation, garanties ou indemnités ainsi que la mise en œuvre et le contrôle de l'exécution d'accords éventuels entre les adhérents » (22 juin 1962 : *Rapport* 1960-62, p. 29). La *Société pour l'organisation de la vente des raccords français*, société à responsabilité limitée, était chargée de fixer les prix de vente et de gérer les accords de répartition conclus entre les associés (22 oct. 1960 : *ibid.*, p. 12). Dans l'*entente dans l'industrie du superphosphate* (21 mai 1960 : *ibid.*, p. 10) ; la *Société du superphosphate* fonctionnait comme comptoir de vente, grâce à des « mandats exclusifs de vendre » que lui donnaient les associés. La *société d'importation de faux et faucilles et matériel agricole* (22 juin 1962 : *ibid.*, p. 29), société à responsabilité limitée, agissait comme auxiliaire de l'*entente française des fabricants de faux et faucilles* (sur cette dernière, v. *supra* et note 26, p. 138).

Les *ententes dans l'industrie des tubes d'acier* reposaient sur des conventions écrites et la société *Soditube* était chargée de leur admi-

nistration (1^{er} avril 1960 : *Rapport* 1960-62, p. 8). Dans l'*entente dans l'industrie des aciers étirés*, c'était un membre de l'entente, la société *Etiracier*, qui était chargé de déterminer les quotas de production, de calculer les pénalités et les indemnités et de gérer les compensations financières qui en résultaient (16 déc. 1961 : *ibid.*, p. 28).

Dans bien des cas, cependant, il reste malaisé de connaître la structure juridique exacte de l'entente et les avis de la Commission technique sont parfois, à ce sujet, d'un laconisme excessif. Ainsi, à propos de l'*entente dans l'industrie du sel* (17 nov. 1962 : *Rapport* 1960-62, p. 31), la Commission se contente de relever que « l'entente a pris essentiellement la forme de comptoirs de vente fonctionnant selon des modalités variées ».

114 et 115. — L'avis rendu à propos de l'*entente dans l'industrie du superphosphate* (21 mai 1960 : *Rapport* 1960-62, p. 10) montre une fois de plus à quel point les formes classiques des groupements s'avèrent inadéquates en matière d'ententes. Dans cette affaire, la *Société du superphosphate*, qui jouait le rôle de comptoir de vente, se proposait explicitement d'atteindre au coût le plus bas de la marchandise rendue au consommateur et *s'interdisait de réaliser des bénéfices*. Les membres de l'entente n'avaient donc pas hésité à transgresser ouvertement le droit des sociétés commerciales, afin de créer un être moral qui fût adapté au fonctionnement de leur groupement. Un tel exemple conduit à s'interroger en outre sur l'importance que revêt en pratique la notion jurisprudentielle de bénéfice.

136, note 70. — V. à propos de la même affaire l'avis rendu par la Commission technique le 17 mars 1961 (*Rapport* 1960-62, p. 18).

136. — La Commission technique (avis du 19 mai 1961, *entente dans l'industrie des tuyaux en fonte* : *Rapport* 1960-62, p. 21) a admis implicitement qu'une fusion par absorption ne réalise pas par elle-même une entente au sens de l'article 59 *bis* de l'ordonnance 45-1483. En effet, selon l'avis précité « le fait essentiel dans cette industrie n'est pas l'existence d'une entente mais celle d'une position dominante quasi monopolistique ».

147. — De même, à propos de l'*entente dans l'industrie des verres d'optique médicale et de lunetterie* (16 juin 1961 : *Rapport* 1960-62, p. 23), la Commission a estimé qu'une action concertée dépourvue de tout support juridique, se trouvait réalisée. La Commission a relevé à cet égard que « le tarif commun est effectivement appliqué et détermine les prix pratiqués par les six fabricants intéressés ».

148. — V. également l'avis rendu à propos de l'*entente dans l'industrie de l'acier moulé* (22 juin 1962 : *Rapport* 1960-62, p. 29) : « Considérant il est vrai que l'association soutient que lesdites clauses ne sont pas appliquées en fait; — Considérant en premier lieu que cette circonstance, à supposer qu'elle soit établie, ne saurait suffire à justifier le maintien de clauses en elles-mêmes contraires au but cherché par le législateur ». V. aussi les avis du 1^{er} avril 1960 (*ententes dans*

l'industrie des tubes d'acier : Rapport 1960-62, p. 8) et du 16 novembre 1961 (entente entre fabricants de fourches et crocs : ibid., p. 27).

170. — A l'égard des tarifs et des prix uniformes, v. les avis du 16 juin 1961 (*entente dans l'industrie des verres d'optique médicale et de lunetterie : Rapport 1960-62, p. 23*), du 21 octobre 1961 (*entente entre fabricants de linoléum : ibid., p. 25*) et du 16 décembre 1961 (*entente dans l'industrie des aciers étirés : ibid., p. 28*).

A propos des rabais, v., outre les avis précités du 16 juin et du 21 octobre 1961, les avis du 21 avril 1961 (*entente entre armateurs et transitaires : Rapports 1960-62, p. 20*) et du 22 juin 1962 (*entente dans l'industrie du fil mousse de nylon : ibid., p. 30*).

171. — Dans les *ententes dans l'industrie des tubes d'acier* (1^{er} avril 1960 : *Rapport 1960-62, p. 8*), les quotas de vente étaient fixés en fonction de la capacité de production des usines et de leur situation sur le marché et garantis par des compensations financières. Dans l'*entente entre fabricants de raccords en fonte malléable* (22 oct. 1960 : *Ibid., p. 12*), les débouchés étaient répartis par la fixation de quotas et les commandes devaient faire l'objet de déclarations à la société gérant l'entente. Dans l'*entente dans l'industrie des aciers étirés* (16 déc. 1961 : *ibid., p. 28*), l'organe central, une société à responsabilité limitée, devait déterminer les droits de production, calculer les pénalités de dépassement et les indemnités de retard et gérer les compensations financières en résultant. V. aussi le rapport adressé au ministre, p. 5.

Pour un exemple d'entente de répartition des bénéfices, v. l'avis du 17 mars 1961 (*entente entre fabricants de faux et faucilles : Rapport 1960-62, p. 18*). A propos de la répartition des commandes, v. les avis des 21 octobre 1961 (*entente entre fabricants de linoléum : ibid., p. 25*) et 22 juin 1962 (*entente dans l'industrie de l'acier moulé : ibid., p. 29*). Pour des cas de comptoirs de vente, v. les avis des 21 mai 1960 (*entente dans l'industrie du superphosphate : ibid., p. 10*) et 17 novembre 1962 (*entente dans l'industrie du sel : ibid., p. 31*).

172. — V. un autre exemple de contrats d'exclusivité, mais en l'espèce conclus entre les membres de l'entente, dans le cas de l'*entente entre armateurs et transitaires* (21 avril 1961 : *Rapport 1960-62, p. 20*). Un *protocole d'accord* avait été signé entre une conférence maritime et la fédération des commissionnaires et autres auxiliaires de transports. L'accord prévoyait notamment que les transitaires accrédités s'engageaient « à remettre en exclusivité aux armateurs de la conférence la totalité de leur trafic chargé dans les ports métropolitains compris entre Dunkerque et Bayonne... à destination de la côte occidentale d'Afrique compris entre Port-Etienne et Pointe-Noire... ».

A l'égard des droits de propriété industrielle, la Commission a adopté une solution identique à celle déjà retenue dans l'affaire de *l'industrie du magnésium*. Dans son avis du 22 juin 1962 (*entente dans l'industrie du fil mousse de nylon : Rapport 1960-62, p. 30*),

elle n'a pas retenu l'argumentation d'un syndicat qui prétendait que l'entente étant exclusivement entre titulaires ou concessionnaires de mêmes droits de propriété industrielle, elle ne constituait que l'exercice normal de ces droits. La Commission a décidé, d'une part, que l'entente n'était pas justifiée par l'article 59 *ter* et, d'autre part, que « un organisme formé entre brevetés, licenciés et sous-licenciés, quel que soit le nom qu'il porte, tombe sous le coup de la loi dès lors que ses membres ont convenu de limiter la possibilité de se faire mutuellement concurrence ou qu'ils ont pris des dispositions pour restreindre, par des procédés illégaux, celle que les tiers peuvent leur faire ».

175 et 176. — V. les applications du principe dans les avis du 1^{er} avril 1960 (*entente dans l'industrie des tubes d'acier : Rapport 1960-62*, p. 8 : « l'attribution de quotas de vente et la possibilité d'application de compensations financières entravent le plein exercice de la concurrence... »), du 21 mai 1960 (*entente dans l'industrie du superphosphate : ibid.*, p. 10 : « la référence à des quotas de production, la mise en équilibre des charges, l'existence d'un mandat exclusif de vente et le bénéfice assuré à toutes les usines d'un prix de vente moyen sont, par eux-mêmes, de nature à faire éventuellement obstacle à l'abaissement des prix de vente et au jeu de la concurrence... ») et du 22 juin 1962 (*entente dans l'industrie de l'acier moulé : ibid.*, p. 29 : « considérant que les producteurs ont pratiqué une action concertée aux fins de répartir les commandes; qu'une telle action est de nature à entraver le plein exercice de la concurrence... »).

En ce qui concerne le degré de gravité de l'atteinte à la concurrence, en vue de l'application de l'art. 59 *ter* et de l'opportunité des mesures à prendre, v. *infra*, *addendum*, n. 345.

181. — Cette double démarche apparaît très clairement dans l'avis rendu à propos de l'entente dans l'industrie des verres d'optique médicale et de lunetterie (16 juin 1961 : Rapport 1960-62, p. 23). La Commission technique relève que les fabricants appliquent effectivement un tarif commun, mais que la rigidité des prix des verres de lunettes livrés à l'utilisateur final paraît avant tout imputable au comportement des opticiens et à l'absence de toute pression de leur part sur les fabricants en vue d'obtenir des baisses de prix. Ainsi, il semble bien que, en l'espèce, l'obstacle à la baisse ne provienne pas du tarif appliqué par les membres de l'entente. Cependant, la Commission relève aussitôt que « dans l'éventualité où le comportement des opticiens se trouverait modifié, notamment par instauration d'une forme de taxation, au stade de la fourniture à l'utilisateur final... l'existence du tarif commun deviendrait l'obstacle essentiel à un abaissement des prix au détail des verres de lunettes ».

184. — V. également les avis du 17 mars 1961 (*entente entre fabricants de faux et faucilles : Rapport 1960-62*, p. 18) et du 16 novembre 1961 (*entente entre fabricants de fourches et crocs : ibid.*, p. 27).

203, note 13. — A propos de deux affaires, on peut relever la tendance de la Commission technique à appliquer les articles 59 *bis* et s. à des accords verticaux.

L'entente entre armateurs et transitaires (21 avril 1960 : *Rapport* 1960-62, p. 20) réunissait, d'une part, la conférence maritime des lignes françaises desservant la côte occidentale d'Afrique et, d'autre part, la fédération des commissionnaires et auxiliaires de transports, commissionnaires en douane agréés, transitaires, agents maritimes et assimilés. Aux termes des accords, les armateurs s'obligeaient à verser à tout transitaire membre de la fédération, une commission professionnelle de 2,5 à 5 p. 100. Les transitaires s'engageaient de leur côté, notamment, à remettre *en exclusivité* aux armateurs la totalité de leur trafic afférent aux lignes desservies par ces derniers. Un protocole d'accord avait été établi en commun par la conférence et la fédération, mais les transitaires devaient y adhérer individuellement par acte séparé. Il s'agissait donc bien en réalité d'une série d'accords verticaux, conclus entre les transitaires et la conférence maritime. Il est vrai que la Commission n'avait pas à se prononcer sur l'un de ces accords considéré individuellement, mais sur l'ensemble. Il convient de remarquer pourtant que les transitaires faisaient partie de l'entente moins en raison de leurs liens avec la fédération qu'en raison de leur qualité de signataires des concessions exclusives.

L'entente dans l'industrie du fil mousse de nylon (22 juin 1962 : *Rapport* 1960-62, p. 30) réunissait au sein d'un même syndicat, des titulaires de brevets ou de marque, un licencié exclusif et des sous-licenciés. L'entente revêtait un double aspect. D'abord, au stade de la commercialisation des produits, elle fonctionnait comme une entente de prix et de rabais. Ensuite, au stade de la fabrication, il était prévu que les machines faisant l'objet des brevets, ne pouvaient être cédées qu'aux membres de l'entente. Dans cette mesure, l'entente consistait bien en accords verticaux entre constructeurs et utilisateurs, accords qui étaient greffés sur des contrats portant sur des droits de propriété industrielle.

221, note 19. — V. également l'avis de la Commission technique des ententes du 21 avril 1961 (*entente entre armateurs et transitaires* : *Rapport* 1960-62, p. 20) et *supra*, addendum, n. 24.

238. — Les particuliers peuvent présenter leurs plaintes soit directement à la Commission, soit au ministre chargé des affaires économiques. Dans le premier cas, la Commission peut se saisir d'office si elle estime qu'une enquête est justifiée (21 mai 1960, *entente dans l'industrie du superphosphate* : *Rapport* 1960-62, p. 10). Dans le second, le ministre, après enquête, saisit la Commission si la plainte est fondée (22 juin 1962, *entente dans l'industrie du fil mousse de nylon* : *ibid.*, p. 30).

D'un autre côté, la Commission peut se saisir d'office, afin d'examiner à nouveau une entente à qui, à l'issue d'une procédure antérieure, une période probatoire avait été accordée. Ainsi, dans l'affaire

fabricants d'outils agricoles à main (22 juin 1957 : *Rapports* 1954-59, p. 34), la Commission avait estimé qu'il y avait lieu d'accorder aux intéressés un délai de deux ans pour supprimer ou réviser les stipulations et les pratiques relatives à la commercialisation des fourches et crocs et qu'il conviendrait, à l'expiration de ce délai, « de procéder à un nouvel examen de la situation de droit et de fait ». A la suite d'une saisine d'office, la Commission a effectivement rendu un nouvel avis (16 nov. 1961 : *Rapport* 1960-62, p. 27). V. aussi le rapport adressé au ministre, p. 2. La Commission a d'ailleurs estimé que le délai accordé court non pas à compter de la date de son avis, mais à compter de celle de la décision ministérielle qui lui fait suite.

246, note 25. — L'arrêt de la Cour de Rennes, précité, a fait l'objet d'un pourvoi en cassation, mais la Cour de cassation n'étant pas saisie de la question de la nullité de l'entente, elle n'a pas eu à se prononcer sur la portée de la décision ministérielle (Cass. civ. 13 mars 1963 : *D.* 1964, 97, 1^{re} espèce, note R. PLAISANT; *J. C. P.* 64, II, 13616, 2^e espèce, note F.-C. JEANTET; *Dr. soc.* 1964, 73, 2^e espèce, obs. P.-H. TEITGEN).

261. — Les décisions ministérielles prises au cours des années 1960, 1961 et 1962 confirment largement cette tendance. Dans les cas les plus graves, le ministre a invité les adhérents à dissoudre leur entente dans un certain délai, en précisant que s'ils ne déféraient pas à cette invitation, les sanctions pénales « seraient applicables ». (V. par exemple, décision du 3 avril 1962 : *Rapport* 1960-62, p. 28).

262. — A la suite de l'arrêt de la Cour de Rennes, les dirigeants de l'entente ont formé devant le Tribunal administratif de Rennes un recours pour excès de pouvoir, tendant à l'annulation de la décision ministérielle. La juridiction administrative a fort justement rejeté la requête. Selon le tribunal, « il n'appartient qu'aux tribunaux judiciaires de constater la nullité de ladite entente, soit pour trancher des litiges civils entre les parties ou avec les tiers, soit pour statuer sur des poursuites pénales; la mise en demeure dont il s'agit n'est pas assortie d'une menace de sanction justiciable de la juridiction administrative; par suite, elle ne constitue pas une décision de nature à être contestée par la voie du recours pour excès de pouvoir » (Trib. adm. Rennes 23 oct. 1961 : *Dr. soc.* 1964, 74, obs. P.-H. TEITGEN). Le même arrêt de la Cour de Rennes a d'autre part fait l'objet d'un pourvoi en cassation (v. *supra*, *addendum*, n. 246).

264. — V. *supra*, *addendum*, n. 262.

268. — Un autre problème est de savoir si, une instance judiciaire étant en cours, la Commission technique peut être parallèlement saisie, sans que la juridiction judiciaire ait sursis à statuer. La Commission a décidé qu'une procédure n'ayant pas encore abouti à une décision définitive ne fait pas obstacle à sa compétence (17 mars 1961,

entente entre fabricants de faux et faucilles : Rapport 1960-62, p. 18). V. également le rapport adressé au ministre, p. 4.

279, note 16. — La Commission technique des ententes a estimé que, sous l'empire des dispositions transitoires de l'article 88 C.E.E. et bien qu'aucun texte de droit interne ne l'eût précisé, elle pouvait se tenir « pour habilitée à émettre un avis sur l'application des stipulations du Traité de Rome et à considérer par conséquent le ministre destinataire de cet avis comme l'autorité d'un Etat membre appelée à statuer sur l'admissibilité d'une entente au sens de l'article 88 précité ». A propos de l'espèce dont elle était saisie (*entente franco-belge sur le marché des matériaux de viabilité : Rapport 1960-62*, p. 14), elle a estimé que l'entente mettait obstacle au jeu normal des règles de concurrence définies par l'ordonnance du 30 juin 1945, article 59 *bis*, et par le Traité instituant la C.E.E. dans son article 85, § 1^{er}.

290. — V. également les demandes d'attestations négatives dans deux *communications* publiées par la Commission le 13 mars 1964 en application de l'article 19 du règlement n° 17 (*J. O.* 722 et 723/64).

291. — En application de l'article 3-3° du règlement n° 17, la Commission a adressé une recommandation aux membres de l'entente *Convention Faïence*, le 24 juillet 1963 (Texte en langue allemande : *WuW.* 1964, 54, EV60). La Commission a estimé que la convention, qui avait pour objet, sur le marché belge, de lier par des concessions exclusives trente fabricants européens de carreaux de faïence à deux associations professionnelles de commerçants et d'installateurs, tombait sous le coup de l'article 85-1° et ne pouvait prétendre au bénéfice de l'article 85-3°. En conséquence, elle a invité les membres de l'entente à supprimer dans leur convention, avant le 1^{er} novembre 1963, les obligations de ventes et d'achats exclusifs.

294. — V. F.-C. JEANTET, *Les droits de la défense devant la Commission de la C.E.E. dans le contentieux de la concurrence : J. C. P.* 63, I, 1785.

V. à titre d'exemple, les deux *communications* publiées par la Commission en application de l'article 19-3° du règlement n° 17, le 13 mars 1964 (*J. O.* 722 et 723/64).

303, note 43. — M. N. CATALANO a soutenu (*Rapports entre les règles de concurrence établies par le Traité C.E.E. et les législations des Etats membres : Rev. int. dr. comp.*, 1963, 269) qu'un tel conflit ne peut pas se présenter, car la compétence attribuée aux organes communautaires est exclusive. Selon l'auteur, dès lors qu'une entente affecte le commerce entre Etats membres, seul le droit communautaire lui est applicable. Si les autorités communautaires estiment qu'une entente, tout en affectant le commerce entre Etats membres, ne fausse pas la concurrence à l'intérieur du marché commun ou peut bénéficier

de l'article 85-3°, les autorités nationales ne pourraient pas appliquer à cette entente des sanctions *en vertu de leur droit interne*, car l'entente doit alors être considérée « comme licite dans l'ensemble de la Communauté ». Ainsi les législations internes seraient inapplicables aux ententes qui affectent le commerce entre Etats membres.

Cette thèse se heurte cependant à une grave objection : pour décider que la loi interne puisse être ainsi refoulée par le droit communautaire, il faudrait au moins admettre qu'elle est inconciliable avec lui. La souveraineté de la loi nationale ne peut être limitée que par une disposition directement contraire du droit communautaire. Or les ententes qui ne faussent pas la concurrence à l'intérieur du marché commun ou qui bénéficient d'une déclaration d'application de l'article 85-3° sont simplement, selon l'article 85 lui-même, *compatibles* avec le marché commun, mais il n'est dit nulle part qu'elles sont *nécessaires* au marché commun. Il est impossible de découvrir une contradiction directe entre la loi interne qui interdit une entente à cause de son grave effet sur le marché intérieur et le Traité qui déclare qu'une telle entente peut être compatible avec le marché commun.

307. — La Cour fédérale suprême d'Allemagne a décidé dans son arrêt du 14 juin 1963 (*WuW*, 1964, 175, 551) qu'une entente existante, tombant sous le coup de l'article 85 C.E.E. et notifiée à la Commission avant le 1^{er} novembre 1962, doit être tenue pour *provisoirement valable*, tant que n'est pas intervenue la décision de la Commission. L'arrêt se fonde sur l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés du 6 avril 1962, précité.

326. — La Cour de cassation a décidé dans son arrêt du 13 mars 1963 (*D.* 1964, 97, 2^e espèce, note R. PLAISANT; *J. C. P.* 64, II, 13616, 1^{re} espèce, note F.-C. JEANTET; *Dr. soc.* 1964, 72, 1^{re} espèce, obs. P.-II. TEITGEN) qu'était légalement justifié un arrêt de cour d'appel condamnant les membres d'une entente à des dommages et intérêts pour entrave illicite à la liberté du commerce. Selon l'arrêt attaqué, l'entente « ayant réalisé en fait le monopole de l'achat des langoustes, réservé la distribution de cette marchandise aux seuls membres de l'entente et fixé impérativement à ceux-ci les prix de vente à la clientèle, avait mis les marceyeurs étrangers à l'entente dans l'impossibilité de s'approvisionner en langoustes de Mauritanie *et, par suite, d'exercer leur profession* ». La Cour de cassation confirme ainsi sa jurisprudence traditionnelle. Il y a atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, lorsque l'entente aboutit à un monopole quasi absolu, susceptible d'empêcher les tiers d'exercer leur profession. Contrairement à l'opinion émise par M. R. Plaisant dans la note précitée, nous ne pensons pas que les arrêts aient jamais admis, dans leur interprétation du principe de la liberté du commerce, un autre critère que celui de l'entrave apportée par l'entente à l'exercice par les tiers de leur profession (v. *supra*, n. 317 et 318).

329. — L'avis de la Commission technique en date du 21 avril 1961 (*entente entre armateurs et transitaires : Rapport 1960-62*, p. 20) admet implicitement que les conférences maritimes relèvent, en tant que telles, de l'article 59 *ter*, 1° (V. aussi *supra*, n° 221, note 19).

En revanche, une entente formée exclusivement entre titulaires ou concessionnaires de droits de propriété industrielle ne peut pas être considérée comme résultant de l'application d'un texte législatif. La Commission a clairement établi ce point dans son avis du 22 juin 1962 (*entente dans l'industrie du fil mousse de nylon : Rapport 1960-62*, p. 30) : « Considérant qu'une entente ne saurait résulter de textes législatifs ou réglementaires auxquels la notion même d'entente est étrangère et qui n'ont notamment ni pour objet ni pour effet de susciter une structure ou une organisation particulière de la production, de la distribution ou des débouchés dans une branche déterminée; qu'ainsi, alors même que les obligations découlant légalement de l'existence de brevets ou de marques touchant à la vente ou à la distribution d'un produit sont susceptibles de limiter le libre jeu de la concurrence, une entente formée entre titulaires, licenciés et sous-licenciés de brevets et de marques ne peut pas être regardée comme constituant en elle-même une entente réglementée au sens de l'article 59 *ter* ».

331. — Bien que la Commission technique semble admettre sa compétence pour appliquer l'article 37 de l'ordonnance 45-1483 (19 mai 1961, *entente dans l'industrie des tuyaux en fonte : Rapport 1960-62*, p. 21 et rapport adressé au ministre, p. 3), elle ne distingue pas entre les différentes pratiques restrictives auxquelles une entente peut donner naissance. Elle estime que toutes ces pratiques, indistinctement, doivent être appréciées au regard des articles 59 *bis* et 59 *ter*. Ainsi en va-t-il de la pratique de prix uniformes (v. par exemple, 21 mai 1960, *entente entre fabricants de tuyaux en caoutchouc : Rapport 1960-62*, p. 10, et 21 oct. 1961, *entente entre fabricants de linoléum : ibid.*, p. 25) ou de discriminations (17 nov. 1962, *entente dans l'industrie du sel : ibid.*, p. 31) qui pourtant sont formellement interdites par l'article 37-4° et 37-1°-a. Il est vrai que, en fait, ces pratiques sont généralement condamnées par la Commission à l'issue du bilan économique de l'entente. Cependant, dans le cas de l'*entente dans l'industrie des verres d'optique médicale et de lunetterie* (16 juin 1961 : *Rapport 1960-62*, p. 23) l'entente a simplement été invitée à une « révision en baisse des prix de vente figurant au tarif commun ».

341, note 15. — V. aussi rapport adressé au ministre, 1960-62, p. 6.

342. — L'interprétation large de l'article 59 *ter*, 2°, est confirmée par tous les avis rendus au cours des années 1960, 1961 et 1962 (v. rapport adressé au ministre, 1960-62, p. 6). En ce qui concerne l'abaissement des prix de vente, v. en particulier les avis du 1^{er} avril 1960 (*entente dans l'industrie des tubes d'acier : Rapport 1960-62*, p. 8),

du 5 novembre 1960 (*entente franco-belge sur le marché des matériaux de viabilité : ibid.*, p. 14) et du 16 novembre 1961 (*entente entre fabricants de fourches et crocs : ibid.*, p. 27).

345. — Dans son avis du 1^{er} avril 1960 (*ententes dans l'industrie des tubes d'acier : Rapport 1960-62*, p. 8), la Commission relève « l'existence d'une certaine concurrence dans le domaine des prix entre les membres de l'entente ». Dans l'avis du 21 mai 1960 (*entente dans l'industrie du superphosphate : ibid.*, p. 10), il est noté que « les participants de l'entente n'ont mis aucun obstacle soit au retrait de certains membres, soit à l'adhésion de nouveaux producteurs ». De même, dans l'avis du 5 novembre 1960 (*entente franco-belge sur le marché des matériaux de viabilité : ibid.*, p. 14), il est remarqué « qu'une certaine concurrence a subsisté » et même que l'entente « peut être considérée comme le moyen de maintenir une certaine concurrence ». Enfin, la Commission a relevé, à propos de l'*entente dans l'industrie des tuyaux en fonte* (19 mai 1961 : *ibid.*, p. 21) « qu'il existe une concurrence grandissante sur le marché interne des canalisations d'eau et de gaz par l'utilisation de tubes en acier, en amiant ciment ou en plastique ».

La Commission a également tenu compte, à propos de plusieurs affaires, des données propres au marché considéré. Ainsi, l'avis du 21 mai 1960, précité, relève que « l'organisation d'un comptoir de vente en commun trouvait... une justification dans les conditions économiques de la production et du marché ». V. aussi l'avis du 17 mars 1961 (*entente entre fabricants de faux et faucilles : Rapport 1960-62*, p. 18), du 16 juin 1961 (*entente dans l'industrie des verres d'optique médicale et de lunetterie : ibid.*, p. 23) et du 17 novembre 1962 (*entente dans l'industrie du sel : ibid.*, p. 31).

En outre, la Commission continue de tenir compte des effets que pourraient entraîner dans l'avenir la libération des échanges ou l'abaissement des droits de douane (22 oct. 1960, *entente entre fabricants de raccords en fonte malléable : Rapport 1960-62*, p. 12; — 17 mars 1961, précité; — 21 oct. 1961, *entente entre fabricants de linoléum : ibid.*, p. 25).

Dans son rapport adressé au ministre, la Commission a fait expressément état, à propos de son activité, d'une appréciation du *degré de gravité* des pratiques considérées (*Rapport 1960-62*, p. 5 et 6). Aux termes du rapport « apparaît dans la jurisprudence de la Commission, l'idée de circonstances atténuantes ou aggravantes qui, sans concourir directement à la qualification des faits au regard des articles 59 bis et 59 ter, méritent néanmoins, en équité et en opportunité, d'être relevées ». Sous cette rubrique des « *circonstances atténuantes ou aggravantes*, la Commission place en fait tous les éléments d'une appréciation concrète des effets de l'entente au regard de la situation du marché considéré. Ainsi, tout en reprenant une idée désormais classique, le rapport de la Commission semble remettre en cause l'interprétation des articles 59 bis et 59 ter. Si l'on en croit la Com-

mission, le bilan économique des effets de l'entente, ainsi transposé dans la catégorie des circonstances atténuantes ou aggravantes, serait, pour reprendre son expression, étranger à la « qualification juridique des faits ». Au stade de l'appréciation des ententes par la Commission, ce point de vue n'entraîne pas de conséquences pratiques graves. En revanche, il n'en va plus de même au stade de l'appréciation par les autorités juridictionnelles, car celles-ci ne peuvent statuer ni en équité, ni en opportunité. Elles ne peuvent qu'appliquer en droit les articles 59 *bis* et 59 *ter*. Il nous semble donc extrêmement important de souligner que l'appréciation *in concreto* des effets de l'entente est commandée par l'esprit et les termes des articles 59 *bis* et 59 *ter*. Des considérations aussi importantes que celles de la gravité de l'atteinte à la concurrence ou de la structure du marché, ne peuvent pas avoir pour seul rôle d'éclairer le ministre sur l'opportunité des poursuites. Elles sont essentielles à la mission des autorités juridictionnelles, lorsque celles-ci ont à appliquer l'ordonnance 45-1483.

347. — V. également rapport adressé au ministre, 1960-62, p. 6 et 7.

348. — V. *supra*, *addendum*, n. 261.

BIBLIOGRAPHIE

IV

- CARABIBER (C.), *Trusts, cartels et ententes, Législation et jurisprudence des principaux pays industriels et de la Communauté Economique Européenne*, Préface de E. Faure, Paris, 1964.
- OBERDOLFER, GLEISS, HIRSCH, *Common Market Law*, New York, 1963.

V

- CATALANO (N.), *Rapports entre les règles de concurrence établies par le Traité. C.E.E. et les législations des Etats membres* : *Rev. int. dr. comp.*, 1963, 269.
- DITGES-EHLE, *Rechtswidrigkeit des « Genossenschaftsprivilegs » in Art. 2 abs. I der Via n° 26 über die Anwendung der EWG-Wettbewerbsregeln auf Landwirtschaftliche Erzeugnisse* : *BB (AWD)*, 1963, 300.
- ECKERT (D.), *Die Anhörung in Kartellverfahren vor der EWG-Kommission* : *DB*, 1963, 1311.
- ECKMANN (P.), *Les déclarations d'inapplicabilité par catégorie en vertu de l'art. 85-3° du Traité de Rome et le règlement n° 17 du Conseil*; *Rev. de dr. intellectuel, L'ingénieur conseil* 1963, 22.
- ELLIS (J. J. A.), *Les règles de concurrence du Traité de Rome applicables aux entreprises* : *Rev. int. dr. comp.*, 1963, 299.
- JEANTET (F.-C.), *Les droits de la défense devant la Commission de la C.E.E. dans le contentieux de la concurrence* : *J. C. P.* 63, I, 1785. — *Chronique de droit européen* : *J. C. P.* 64, I, 1812. — *Note sous Cass.* 13 mars 1963 : *J. C. P.* 64, II, 13616.
- MATERNE (J.), *Le problème des compétences respectives des tribunaux nationaux et de la Commission de la C.E.E. en matière d'ententes*; *Rev. du M.C.*, janvier 1964.
- MENGES (N.), *Zur Bedeutung des EWG-Wettbewerbsrecht für zwischenbetriebliche Rationalisierungsvorhaben* : *WuW.* 1963, 783.
- NIEDERLEITHINGER (E.), *Die Kartellrechtliche Beurteilung der Bezugs-und Erzeugungsbeschränkungen in der Sonderabnehmerverträgen der Versorgungswirtschaft* : *WuW.* 1964, 15.
- PLAISANT (R.), *La condamnation des ententes pour entrave illicite à la liberté du commerce*, note sous *Cass.* 13 mars 1963 : *D.* 1964, 97.
- SCHUMACHER (H.), *Die heutige Wettbewerbsrecht der EWG und die Möglichkeiten seiner Gestaltung* : *Die Aussprache*, 1963, 237.
- TESSIN (C.), *Die Anhörung Beteiligter und Dritter in EWG-Kartellverfahren* : *BB (AWD)*, 1963, 231.

